Die Behandlung des Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls nach dem § 22 des Wehrstrafgesetzes

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Eiselt
aus Dresden

Göttingen 1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534919_0057

Die Behandlung des Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls nach dem § 22 des Wehrstrafgesetzes

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Eiselt
aus Dresden

Göttingen 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter:

Professor Dr. Gunther Arzt

Mitberichterstatter:

Professor Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Tag der mündlichen Prüfung: 7.Februar 1974

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
E I N L E I T U N G (Zugleich allgemeine Einführung in die Problematik der militärischen Insubordinationsdelikte)	1
I. Die Ungehorsamstatbestände	1
II. Der Begriff des Befehls	3
III. Der verbindliche Befehl	6
IV. Die Irrtumsregelung in § 22 WStG	8
1. TEIL: DIE UNVERBINDLICHKEITSGRÜNDE EINES BEFEHLS NACH § 22 ABS. 1 SATZ 1 WStG	10
A. Allgemeine Grundfragen	10
I. Die Unverbindlichkeitsgründe als Grenze der (öffentlich-rechtlichen) Gehorsamspflicht	10
1) Die Bedeutung dieser Frage innerhalb des Strafrechts	10
2) Hinweise auf gesetzliche Regelungen	12
II. Die Frage nach dem Warum unverbindlicher Befehle	13
1) Die drei denkbaren Alternativen	13
2) Die Möglichkeiten einer dogmatischen Begründung unverbindlicher Befehle	15
III. Zur Systematik der Unverbindlichkeitsgründe	18
1) Die häufig anzutreffende Systematik	18
2) Der eigene Vorschlag	19
IV. Die sog. Nicht-Befehle	21
B. Die Unverbindlichkeitsgründe im einzelnen	22
I. Unverbindlichkeit wegen Beeinträchtigung schutzwürdiger Rechtsgüter Dritter	22

Seite

1) Der verbrecherische Befehl 22
2) Der völkerrechtswidrige Befehl 23
3) Der sinnwidrig gewordene Befehl 24

II. Unverbindlichkeit wegen fehlender Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Bundeswehr bei Nichtausführung 24
1) Der nichtdienstliche Befehl 25
2) Der grundgesetzwidrige Befehl 27
3) Der die Befehlsbefugnis überschreitende Befehl 28
4) Der unmögliche Befehl 29

III. Unverbindlickeit wegen Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Person des Untergebenen 30
1) Der grundrechtswidrige Befehl 30
2) Der "unzumutbare" Befehl 31
3) Der widersprechende Befehl 32

IV. Der scheinbar unverbindliche Befehl 33

2.TEIL: DIE ANGEBLICHE VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES § 22 ABS.3 WStG 35

A. Der strafrechtliche Schuldgrundsatz und der § 22 Abs.3 WStG 35

I. Die Problemstellung und deren praktische Bedeutung 35

II. Überblick über den Stand der bisherigen Auseinandersetzung 37
1) Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs.3 WStG verneinen 37
(SCHLOSSER, STREE, ZIPPELIUS, DÜRIG, SCHWAIGER)
2) Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs.3 WStG bejahen 38
a) Ausdrückliche Stellungnahmen 38
(RITTAU, JESCHECK, HIRSCHMANN, KRIEGER, SCHIERHOLT, LAMMICH, SCHWENCK, LERCHE)

Seite

b) Stillschweigende Annahme 40
(SCHRÖDER, v.RICHTHOFEN, KOHLHAAS, ARNDT, SCHÄFER, SCHIRMER, DREHER, OEHLER u.a.)

III. Voraussetzungen für eine eventuelle Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG 42

IV. Der § 22 Abs.3 WStG als Ausnahme vom Schuldprinzip 43
1) Die Regelung des § 22 Abs.3 WStG 43
2) Der Begriff der Schuld 44
3) Die gegenteilige Auffassung von RITTAU 47
4) Die Bedeutung des § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz des Soldatengesetzes 51
5) Das Eingehen eines Risikos als möglicher Schuldvorwurf 59
6) Das Nichteinlegen eines Rechtsbehelfs als Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Schuld 65
7) Schlußfolgerungen und Ergebnis 70

B. Die verfassungsrechtliche Geltung des Schuldprinzips 71

I. Der Satz "nulla poena sine culpa" als ungeschriebener verfassungsrechtlicher Grundsatz 71
1) Die Bedeutung der bisherigen Ergebnisse für die Frage der Nichtanwendbarkeit des § 22 Abs.3 WStG 71
2) Das Problem der Beschränkung der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit 72
3) Keine ausdrückliche Regelung des Schuldprinzips im Grundgesetz 73
4) Der Meinungsstand zu der verfassungsrechtlichen Herleitung des Schuldprinzips 74
5) Die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips (Eigene Stellungnahme) 79
6) Das Schuldprinzip als Verfassungsrechtssatz und die Schwierigkeit, hieraus konkrete rechtliche Folgerungen zu ziehen 84

Seite

II. Der Anwendungsbereich des Verfassungsrechtssatzes "Keine Strafe ohne Schuld" 88
1) Entwicklung der Problematik 88
2) Hinweise in der Literatur und in der Rechtsprechung 89
3) Der Kernbereich des verfassungsrechtlich abgesicherten Schuldprinzips 91
4) Die grundsätzliche Anerkennung auch des Verbotsirrtums als Folgerung aus dem verfassungsrechtlich geschützten Schuldprinzip 93

III. Die Frage nach der absoluten Geltung dieses Verfassungsgrundsatzes 96
1) Weiterführende Überlegungen 96
2) In Betracht zu ziehende Gründe gegen eine absolute Geltung 97
a) Geschichtlichkeit des Schuldgrundsatzes 98
b) Ungenügende Bestimmtheit des Schuldprinzips 100
c) Mögliche Ausnahmen bereits im geltenden Recht 102
d) Unmöglichkeit einer vollständigen Verwirklichung 105
3) Durchbrechung oder Verzicht auf volle Durchführung 108
4) Denkbare Kriterien für eine eventuelle Durchbrechbarkeit 110
5) Abschließende Stellungnahme 111

C. Das Grundgesetz und § 22 Abs.3 WStG 113

I. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Durchbrechung des Schuldprinzips im speziellen Fall des § 22 Abs.3 WStG 113
1) Einige Bemerkungen zu dem weiteren Vorgehen 113
2) Die Gründe des Gesetzgebers 113
3) Weitere Argumente in der Literatur 115
4) § 22 Abs.3 WStG und die "Befehlsfreudigkeit" der Untergebenen 116

Seite

5) Die Einrichtung und die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr als gesetzgeberische Aufgabe mit Verfassungsrang 121
6) Die Frage der Erforderlichkeit einer Durchbrechung des strafrechtlichen Schuldprinzips 125
a) Notwendigkeit einer Abwägung widerstreitender Interessen 125
b) Gegenteilige Stimmen in der Literatur 125
(1) Der Einwand von STREE 126
(2) Die Auffassung von SCHLOSSER 127
c) Andere, weniger einschneidendere Möglichkeiten 132
d) Grundsätzliche Bejahung der Erforderlichkeit 136
7) Keine Verfassungswidrigkeit im Hinblick auf den verfassungsrechtlich verankerten Verschuldensgrundsatz 137

II. Letzte verfassungsrechtliche Bedenken wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 144
1) Der Proportionalitätsgedanke und der § 22 Abs.3 WStG 144
2) Die Notwendigkeit einer "verfassungskonformen Auslegung" im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip 148
3) Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 22 Abs.2 WStG 150
4) Restriktive Anwendung des § 22 Abs.3 WStG zur Beseitigung letzter verfassungsrechtlicher Bedenken 151

3.TEIL: DIE PROBLEME BEI DER ANWENDUNG DER ABSÄTZE 2 UND 3 DES § 22 WStG 154

I. § 22 Abs.2 und 3 WStG als Sonderregelung der irrigen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes 154
1) Die Unverbindlichkeit des Befehls als Rechtfertigungsgrund bei den militärischen Insubordinationsdelikten 154

Seite

2) Ein Vergleich mit § 109b Abs.5 StGB 155
3) Die Sonderregelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG und das mögliche Ausmaß der Abweichung vom allgemeinen Strafrecht 156
a) Bestrafung auch des unvermeidbaren Irrtums 156
b) Grundsätzlich keine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen bei vermeidbarem Irrtum 157
c) Keine Unterscheidung zwischen Erlaubnistatbestands- und Erlaubnisirrtum 157
4) Einige Bemerkungen zum weiteren Vorgehen 158

II. Die Frage nach einer Strafmilderungsmöglichkeit analog § 44 StGB bei vermeidbarem Irrtum 159

III. Die Frage nach dem Anwendungsbereich der Absätze 2 und 3 des § 22 WStG 161
1) Die Unterscheidung zwischen "tatsächlichen" und "rechtlichen" Irrtumsfällen beim Irrtum über die Rechtswidrigkeit 161
2) Der Meinungsstand bezüglich des Anwendungsbereiches 162
a) Anwendbar nur bei Irrtumsfällen infolge falscher rechtlicher Bewertung 162
(1) Die zwei Hauptvertreter dieser Meinung 162
(a) ARNDT 162
(b) KOHLHAAS 164
(2) Weitere Vertreter dieser Auffassung 165
b) Anwendbar auch bei Verkennung tatsächlicher Umstände 166
3) Stellungnahme zu dieser Problematik 166
a) Hinweise in den Gesetzesmaterialien 167
b) Zusätzliche andere Lösungsgesichtspunkte 168
(1) Argumente gegen weiten Anwendungsbereich 168
(2) Argumente für weiteren Anwendungsbereich 171

Seite

c) Anwendungsbereich umfaßt auch den sog. Erlaubnistatbestandsirrtum 172
(1) Abschließende Auseinandersetzung mit der abweichenden Meinung 173
(2) Schlußfolgerung und Ergebnis 174

IV. Die Frage nach der Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte 174
1) Einige einleitende Bemerkungen 174
2) Die Erforderlichkeit einer Unterscheidung 175
3) Einige zweifelhafte Beispielsfälle und die Art des weiteren Vorgehens 178
4) Theoretische Grundlegung für eine Abgrenzung 180
a) Der Tatbestandsvorsatz bei den Ungehorsamsdelikten 180
b) Nochmals: Der Befehlsbegriff 181
c) Der Vorgesetztenbegriff und die VorgVO 183
d) Der Begriff der Befehlsbefugnis 184
e) Kurze Zusammenfassung 194
5) Denkbare Tatbestandsirrtümer im Hinblick auf einzelne Tatbestandsmerkmale im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte 194
a) Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "Befehl" 195
(1) In Bezug auf "Anweisung mit Anspruch auf Gehorsam" 195
(2) In Bezug auf "militärischer Vorgesetzter" 196
b) Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "Nichtbefolgen" 198
c) Im Hinblick auf andere Tatbestandsmerkmale 198
(1) In Bezug auf "Herbeiführen einer schwerwiegenden Folge" (§ 19 WStG) 199
(2) In Bezug auf "Auflehnung mit Wort oder Tat" (§ 20 Nr.1 WStG) 199
(3) In Bezug auf "Wiederholen des Befehls" (§ 20 Nr.2 WStG) 199

Seite

d) Im Hinblick auf die persönliche Eigenschaft "Soldat" 200
V. Zusammenfassung der Ergebnisse 201

4.TEIL: DIE BEDEUTUNG DES § 22 ABS.1 SATZ 2 WStG 203

I. Einführung in die Problematik 203

II. Der Anwendungsbereich des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG 204
1) Die Situation des Täters 204
2) Der Wortlaut des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG 204
3) Die Frage einer analogen Anwendung auf andere Fälle 206
a) Die weiterreichende Auffassung 207
b) Die einschränkende Auffassung 207
c) Eigene Stellungnahme 208
d) Ergebnis 211

III. Die strafrechtstheoretische Bedeutung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG 213
1) Einführende Bemerkungen 213
2) Nochmals der Wortlaut des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG und andere ähnliche Bestimmungen im StGB 213
3) Die verschiedenen Auffassungen zu § 22 Abs.1 Satz 2 WStG 215
a) Die gesetzliche Anerkennung eines Wahndelikts (WELZEL, FOTH, KRIEGER) 215
b) Die Straflosigkeitserklärung einer Versuchshandlung (ARNDT, JESCHECK, KOHLHAAS) 216
c) Die Schaffung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes (MAURACH) 216
d) Differenzierende Meinungen 216
(1) DREHER, SCHWAIGER 217
(2) v.RICHTHOFEN, RITTAU 217
4) Die eigene Auffassung 218

LITERATURVERZEICHNIS 229

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 243

E I N L E I T U N G

Gegenstand dieser Untersuchung ist ein spezielles wehrstrafrechtliches Problem. Es geht um die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten bzw. ob und gegebenenfalls wie derjenige Soldat bestraft werden kann, der den Gehorsam verweigert, wobei er sich über die Verbindlichkeit des erteilten Befehls im Irrtum befindet. Dabei müssen zwei Fallgruppen unterschieden werden. Einmal kann der Untergebene irrtümlich glauben, der Befehl sei nicht verbindlich, und aus diesem Grunde führt er ihn nicht aus. Andererseits ist es denkbar, daß der Soldat einen tatsächlich unverbindlichen Befehl für verbindlich hält und ihn dennoch nicht befolgt. Weil die nachfolgenden Erörterungen lediglich einen kleinen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik "Befehl und Gehorsam" darstellen, erscheint es angebracht, eine kurze Einführung in die militärischen Insubordinationsdelikte voranzustellen. Zugleich können damit die Begriffe geklärt werden, die innerhalb der Arbeit immer wieder auftauchen.

I. Die Ungehorsamstatbestände

Im Wehrstrafgesetz gibt es drei Straftatbestände, die als die eigentlichen militärischen Insubordinationsdelikte angesehen werden können. Dies sind § 19 WStG (der sog. Ungehorsam), § 20 WStG (die sog. Gehorsamsverweigerung) und § 21 WStG (das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls). Hinzukommen noch zwei Spezialfälle in § 44 Abs.1 Ziff.3 und § 45 Ziff.3 WStG, wo ganz bestimmte Befehle nicht befolgt werden, wie z.B. diejenigen, die für den Wachdienst gelten.

Militärischen Ungehorsam begeht derjenige, der einen Befehl nicht ausführt (1). Deshalb kann der schlichte Unge- als Grundtatbestand angesehen werden (2), der jedoch selbst

---

1) ARNDT DRiZ 1957,134(136); HIRSCHMANN S.4.

2) Ebenso HENNINGS NZWehrR 1971,81; v.HIPPEL NZWehrR 1969, 217(218); SCHAFHEUTLE zitiert bei v.HIPPEL a.a.O. in Anm.3; ähnlich auch MÜLLER Wehrkunde 1960,570(572).

nicht strafbar ist, sondern nur disziplinarisch gemäß § 23 Abs.1 SG geahndet werden kann. Die Verletzung der militärischen Gehorsamspflicht wird zur Straftat und damit zum kriminellen Unrecht nur unter besonderen Voraussetzungen. Hierbei können jeweils zwei Gruppen von Tatbeständen unterschieden werden. Die eine ist an den Folgen ausgerichtet, die andere an den besonderen Umständen des Ungehorsams (3).

Nach § 19 bzw. § 21 WStG wird das vorsätzliche bzw. das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls bestraft, wenn dadurch eine schwerwiegende Folge herbeigeführt worden ist (4). Diese beiden Tatbestände lassen sich als Erfolgsqualifizierungen des gedachten Grundtatbestandes verstehen (5), müssen also letztlich als Erfolgsdelikte bezeichnet werden (6). Was mit einer schwerwiegenden Folge gemeint ist, wird in § 2 Nr.3 WStG definiert, nämlich als "eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die Schlagkraft der Truppe, Leib oder Leben eines Menschen oder Sachen von bedeutendem Wert, die dem Täter nicht gehören" (7). Gemäß § 19 Abs.2 WStG ist der Versuch strafbar (8).

Dagegen kann die Gehorsamsverweigerung gemäß § 20 WStG quasi als Tätigkeitsdelikt aufgefaßt werden (9). Auch hier handelt es sich um einen erschwerten Fall des einfachen

---

3) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.1; HIRSCHMANN S.172 bezeichnet die eine Gruppe deshalb als Erfolgsunrecht und die andere als Handlungsunrecht.

4) Gegen die Bestrafung bei Fahrlässigkeit hat v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(86) offenbar Bedenken, weil hier "das subjektive Unrechtselement der Autoritätsverletzung kaum vorliegen dürfte".

5) So insbesondere v.HIPPEL NZWehrR 1969,217(218) und HENNINGS NZWehrR 1971,81.

6) So auch SCHIERHOLT S.52f.; vgl. auch JESCHECK, Bw und Recht, S.87.

7) Einzelheiten bei DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.40-50.

8) Nach v.HIPPEL NZWehrR 1969,217ff. soll dies dogmatisch unhaltbar sein; anders dagegen HENNINGS NZWehrR 1971,81ff.

9) Ebenso SCHIERHOLT S.58; vgl. auch JESCHECK, Bw und Recht, S.87.

Ungehorsams (10). Zwei Fälle sind zu unterscheiden. Entweder der Soldat verweigert die Befolgung des Befehls dadurch, daß er sich mit Wort oder Tat gegen ihn auflehnt(11), oder er beharrt darauf, den Befehl nicht zu befolgen, nachdem dieser wiederholt worden ist. Wird der Gehorsam nach Wiederholung des Befehls gleichzeitig noch durch Auflehnung verweigert, dann sind beide Tatbestände erfüllt. Dennoch handelt es sich lediglich um ein einheitliches Delikt der Gehorsamsverweigerung; Idealkonkurrenz gemäß § 73 StGB liegt nicht vor (12), insoweit gilt das gleiche wie bei einigen anderen qualifizierten Tatbeständen (z.B. § 250 StGB).

Da bei § 20 WStG allein die demonstrative Form den Ungehorsam zur Straftat macht (13), das Herbeiführen einer schwerwiegenden Folge iSd § 2 Nr.3 WStG daher nicht erforderlich ist (14), kann es natürlich vorkommem, daß diese Qualifizierung zusätzlich gegeben ist. Dann ist Tateinheit mit § 19 WStG möglich (15). Von Bedeutung kann dies bei einem schweren Fall sein, weil hierfür nur bei § 19 WStG in Abs.3 eine erhöhte Strafdrohung vorgesehen ist.

II. Der Begriff des Befehls

In jedem der drei soeben genannten Straftatbestände steht

---

10) MÜLLER Wehrkunde 1960,570(572), ähnlich ARNDT, Grundriß, S.199.

11) Ausführlich dazu ARNOLD NZWehrR 1959,58ff.

12) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 20 Rdnr.10; KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 20 Anm.7.

13) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.1; KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 20 Anm.1.

14) Deshalb ist § 19 WStG auch nicht der Grundtatbestand (KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 20 Anm.1, ebenso SCHIERHOLT S.21 u. 58), sondern § 19 und 20 WStG sind jeweils erschwerte Fälle des einfachen Ungehorsams, der selbst nur eine Disziplinwidrigkeit ist (so auch MÜLLER Wehrkunde 1960,570(572)).

15) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 20 Rdnr.13, KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 20 Anm.7, SCHIERHOLT S.21 in Anm.1, SCHWAIGER, Dissertation, S.149 und trotz einiger Zweifel auch ARNDT, Grundriß, S.199.

das Nichtbefolgen eines Befehls im Mittelpunkt. Das Herbeiführen einer schwerwiegenden Folge oder die demonstrative Art des Ungehorsams werden jeweils als zusätzliche Tatbestandsmerkmale genannt. Dabei ist das, was unter "Nichtbefolgen" zu verstehen ist, verhältnismäßig einfach zu klären (16). Um so mehr interessiert jedoch, was mit "Befehl" genau gemeint ist. Der Begriff des Befehls ist für die militärischen Insubordinationsdelikte von entscheidender Bedeutung. Nur das Nichtbefolgen eines B e f e h l s ist nach §§ 19-21 WStG strafbar. Der Soldat muß daher wissen und wollen (bzw. leichtfertig nicht wollen), daß er einem Befehl den Gehorsam verweigert.

Eine Legaldefinition des Befehls enthält § 2 Nr.2 WStG. Danach ist ein Befehl "eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter (§ 1 Abs.4 des Soldatengesetzes) einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt" (17). Begriffswesentlich ist also die Anweisung zu einem bestimmten Verhalten durch einen militärischen Vorgesetzten gegenüber einem seiner Untergebenen mit dem Anspruch auf Gehorsam (18). Nur dann, wenn diese Merkmale gegeben sind, aber auch immer dann, kann von einem Befehl im Sinne des Wehrstrafgesetzes gesprochen werden. Wichtig sind demnach zwei Dinge: einmal eine Anweisung zu einem Verhalten mit Anspruch auf Gehorsam, zum anderen muß dies durch einen militärischen Vorgesetzten geschehen.

Das erste Merkmal grenzt den Befehl ab von bloßen Ratschlägen, von Belehrungen und Wünschen, aber auch von Richtli-

---

16) Siehe dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.4.

17) Umstritten ist, wie der Befehl als Akt der militärischen Kommandogewalt rechtlich zu qualifizieren ist, ob als Verwaltungsakt (so z.B. ARNDT GA 1957,46(49) und Grundriß, S. 116) oder als ein in Ausübung öffentlicher Gewalt ergehender hoheitlicher Rechtsakt (so z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.14, MANN DÖV 1960,409(414)). HIRSCHMANN gibt auf S.17ff. einen kurzen Überblick über den Meinungsstand.

18) So ähnlich auch ARNDT GA 1957,46(47f.) und NZWehrR 1960,145; ebenso BRINGEWAT NZWehrR 1971,126 und v.MITZLAFF Wehrkunde 1956,623(624) und Wehrw.Rdsch. 1957,84.

nien und Grundsätzen (19). Außerdem wird damit klargestellt, daß der Vorgesetzte die spezifisch militärische Reaktion, nämlich den Gehorsam beanspruchen muß (20). Für den Vorgesetztenbegriff verweist § 2 Nr.2 WStG auf § 1 Abs.4 SG. Dort liest man in Satz 1: "Vorgesetzter ist, wer befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen". Gleichzeitig wird in Satz 2 darauf hingewiesen, daß durch eine Rechtsverordnung das Vorgesetztenverhältnis geregelt werden soll. Dies ist durch die Vorgesetzten-Verordnung (VorgVO) geschehen (21). Aus insgesamt sechs Paragraphen ergibt sich, wer wann wo und wem etwas befehlen kann (22). Hier werden viele Irrtumsfälle ihre Ursache haben (23).

Außerordentlich wichtig dürfte noch sein, daß der Befehl in § 2 Nr.2 WStG ganz formal definiert worden ist (24). Unerheblich für den Begriff des Befehls ist es deshalb, ob er zu dienstlichen Zwecken erteilt ist (25) oder sich innerhalb der Befehlsbefugnis des Vorgesetzten hält. Gleichfalls kein begrifflicher Bestandteil des Befehls ist, ob er rechtmäßig oder verbindlich ist. Der Irrtum hierüber wurde in § 22 WStG besonders geregelt (26). Dieser formale

---

19) Dienstvorschriften können Befehle enthalten, so BGH NZWehrR 1962,176 und OLG Schleswig NZWehrR 1959,144(145), ausführlicher dazu SCHREIBER Wehrkunde 1956,152ff. und kritisch v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(85f.); zu dienstlichen Anweisungen siehe SCHREIBER Wehrkunde 1956,253ff.

20) Ausführlicher dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.7 und11. Vgl. hierzu auch zwei instruktive Beispiele: OLG Celle NZWehrR 1963,122 und LG Lüneburg NZWehrR 1965,141.

21) Kommentiert z.B. von SCHERER, SG, S.210ff.

22) Hinzukommt noch die Befehlsbefugnis des Bundesministers der Verteidigung gem. Art. 65a GG und des Bundeskanzlers gem. Art. 115b GG. Andere Zivilpersonen können keine militärischen Befehle erteilen (vgl. ERHARDT NZWehrR 1970,41(42) und RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(135ff.)).

23) Besonders problematisch dürfte dies bei sog. überschneidenden Vorgesetztenverhältnissen sein, vgl. dazu SCHREIBER NZWehrR 1964,156ff.

24) Zu den Gründen hierfür vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6 und SCHWENCK ZStW 83(1971),468(470f.).

25) So die h.M.; vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6, nicht ganz klar LAMMICH NZWehrR 1970,47ff.

26) Vgl. dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6.

Charakter des Befehlsbegriffs bedingt, daß sich der Vorsatz bei den Ungehorsamsdelikten nicht darauf zu erstrekken braucht, ob der erteilte Befehl verbindlich ist oder nicht. Die irrige Annahme der Unverbindlichkeit führt daher niemals zum Ausschluß des Vorsatzes (27). Der Tatbestand des Ungehorsams gem. § 19 WStG kann demnach wie folgt umschrieben werden: "Derjenige Soldat, der eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten vorsätzlich nicht befolgt, die ihm einer seiner militärischen Vorgesetzten schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt hat, wird bestraft, wenn dadurch eine schwerwiegende Folge herbeigeführt worden ist". Diese Tatsache gilt es für die nachfolgenden Erörterungen im Auge zu behalten (28).

III. Der verbindliche Befehl

Dennoch hat die Frage nach der Verbindlichkeit eines Befehls eine wichtige Bedeutung. Für die militärischen Insubordinationsdelikte und somit für die Bestrafung wegen Ungehorsams ist entscheidend, ob der Befehl verbindlich gewesen ist (29), denn nur dann kann eine Verletzung der Gehorsamspflicht vorliegen. Verbindlich ist der Befehl demnach dann, wenn der Soldat verpflichtet ist, ihn zu befolgen. Unverbindlich wäre er dann, wenn die Gehorsamspflicht des Untergebenen nicht so weit reicht, auch diesen Befehl noch auszuführen. Oder anders ausgedrückt, verbindlich ist der Befehl, wenn der Soldat ihm Gehorsam schuldet. Dagegen sind unverbindliche Befehle für ihn unbeachtlich, sie begründen keine Gehorsamspflicht.

Einfach wäre es nun, wenn die Gehorsamspflicht stets dann entfiele, wenn der Befehl rechtswidrig ist, also gegen die geltende Rechtsordnung verstoßen würde. Dies ist jedoch

---

27) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6, ARNDT DRiZ 1957,134.

28) Daß dieser "subjektive" Befehlsbegriff nicht völlig unbedenklich ist, darauf weist LAMMICH NZWehrR 1970,47(50f.) hin.

29) Ebenso ARNDT NZWehrR 1960,145.

nicht so. Verbindlichkeit und Rechtmäßigkeit decken sich nicht (30), weil die Schranken der Befehlsmacht und die Schranken der Gehorsamspflicht grundsätzlich zu trennen sind (31). Vielmehr gibt es rechtswidrige Befehle, die verbindlich sind, und umgekehrt solche, die rechtmäßig jedoch unverbindlich sind (32). Offenbar will dies ARNDT bestreiten, wenn er ausdrücklich sagt, der rechtmäßige Befehl sei stets verbindlich (33). Daß der umgekehrte Fall möglich ist, wird dagegen von der h.M. nicht bestritten (34). Daß es zumindest verbindliche rechtswidrige Befehle geben muß, ergibt sich bereits aus § 19 Abs.1 WBO, weil danach rechtswidrige Befehle aufgehoben werden müssen (35). Die Frage, wann und warum ein Befehl unverbindlich ist, soll im 1.Teil dieser Arbeit noch etwas ausführlicher erörtert werden.

---

30) Rechtswidrig ist ein Befehl, wenn er gegen die Rechtsordnung verstößt. Dann überschreitet auch der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis, denn diese Befehle darf er gem. § 10 Abs.4 SG nicht erteilen. Jedoch nur in schweren Fällen ist der rechtswidrige Befehl unverbindlich, so daß er keine Gehorsamspflicht auslöst (ARNDT DRiZ 1957,134(135), vgl. auch MANN DÖV 1960,409(415)); ähnlich also wie bei der Unterscheidung zwischen fehlerhaftem und nichtigem Verwaltungsakt. Erklären läßt sich dies damit, daß es nicht Aufgabe der Untergebenen sein kann, jeden Befehl auf dessen Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Dafür trägt der Vorgesetzte gemäß § 10 Abs.5 SG die Verantwortung (vgl. dazu ARNDT GA 1957, 46(49) und NZWehrR 1960,145(146) und BRINGEWAT NZWehrR 1971,126(127)).

31) SCHNORR JuS 1963,293(294).

32) Vgl. dazu ausführlich DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr. 22-33, im Ergebnis ebenso KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 2 Anm.2f.

33) Grundriß, S.78, ebenso in GA 1957,46(48); bei DREHER-LACKNER-SCHWALM werden in Rdnr.30 und 32 zu § 2 jedoch einige Beispielsfälle genannt. Es handelt sich um zwei Fallgruppen: einmal, daß durch grundlegende Veränderung der Sachlage der Befehl sinnlos geworden ist oder zum anderen, daß der Vorgesetzte nicht erkennt, daß der Befehl einen zu tiefen Eingriff in den Rechtsbereich des Untergebenen enthält. Im Ergebnis - nämlich Straflosigkeit - besteht jedoch Einigkeit, nur nicht in der Konstruktion, vgl. ARNDT GA 1957,46 (52), ebenso v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(92).

34) Vgl. die ausführliche Darstellung des Streitstandes bei SCHWAIGER, Dissertation, S.1ff. und neuerdings von BRINGEWAT NZWehrR 1971,126ff.

35) Siehe dazu auch HIRSCHMANN S.161.

IV. Die Irrtumsregelung in § 22 WStG

Es wurde bereits gesagt, daß § 22 WStG eine besondere Irrtumsregelung für die militärischen Insubordinationsdelikte enthält. Der Inhalt dieser Gesetzesbestimmung soll hier bereits kurz dargestellt werden, weil diese Vorschrift von zentraler Bedeutung für die folgenden Erörterungen ist.

Zunächst wird in § 22 Abs.1 Satz 1 WStG klargestellt, daß der Untergebene nicht rechtswidrig handelt, wenn der erteilte Befehl nicht verbindlich ist, und der betreffende Soldat ihn deshalb nicht befolgt. Insbesondere soll dies dann gelten, wenn der Befehl nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde. Darüber hinaus kann es nach h.M. auch noch andere Unverbindlichkeitsgründe geben (36).

In § 22 Abs.1 Satz 2 WStG wird angeordnet, daß der Soldat selbst dann nicht rechtswidrig handelt, selbst wenn er einen unverbindlichen Befehl irrigerweise für verbindlich hält und ihn dennoch nicht befolgt. Damit wird in jedem Fall die sonst vielleicht mögliche Bestrafung wegen Versuchs ausgeschlossen; ähnlich wie jetzt auch in § 113 Abs.3 Satz 2 StGB.

In § 22 Abs.2 und 3 WStG ist der umgekehrte Fall geregelt, wenn also der Untergebene einen verbindlichen Befehl irrtümlicherweise für unverbindlich hält und deshalb glaubt, in diesem Fall den Gehorsam verweigern zu dürfen. Hier unterscheidet das Gesetz zwei Fallgruppen: einmal, daß der Soldat annimmt, durch die Ausführung des Befehls ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen (Abs.2), und zum anderen alle übrigen Irrtumsfälle über die Verbindlichkeit des erteilten Befehls (Abs.3). Im ersteren Fall muß der Untergebene befürchten, sich selbst gemäß § 5 WStG strafbar zu machen, wenn er den Befehl ausführt. Deshalb soll er nach den §§ 19-21 WStG (37) nicht bestraft werden können, wenn ihm der Irrtum

36) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.23; zweifelnd jedoch LAMMICH NZWehrR 1970,47(49), einschränkend auch LERCHE, Grundrechte, S.503 in Anm.190.

nicht vorzuwerfen ist. In allen anderen Fällen dagegen soll er gemäß § 22 Abs.3 WStG bestraft werden, wenn er den Gehorsam wegen der vermeintlichen Unverbindlichkeit des Befehls verweigert. Kann ihm der Irrtum nicht vorgeworfen werden, so besteht nur die Möglichkeit, die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

---

37) Warum hier auch § 21 WStG genannt wird, ist nicht recht erklärlich. Verweigert ein Soldat den Gehorsam mit der Begründung, er halte den Befehl für unverbindlich, dann muß er ihn auch für einen Befehl halten und er führt ihn dann vorsätzlich nicht aus. Ein leichtfertiges Nichtbefolgen kann dann nicht mehr vorliegen. Wann dies überhaupt der Fall sein kann, vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 21 Rdnr. 2-4.

1.Teil: DIE UNVERBINDLICHKEITSGRÜNDE EINES BEFEHLS NACH § 22 ABS.1 SATZ 1 WStG

Für das Verständnis der Irrtumsregelung in § 22 WStG dürfte es notwendig sein, sich zunächst mit der Frage nach dem Gegenstand dieses Irrtums zu beschäftigen. Wenn der Soldat irrtümlich die Verbindlichkeit des erteilten Befehls verneint, dann beruft er sich auf einen vermeintlichen Unverbindlichkeitsgrund. Wann nun ein Befehl tatsächlich unverbindlich ist, kann hier jedoch nicht in allen Einzelheiten behandelt werden. Dafür ist diese Problematik zu umfangreich (1). Eine Begrenzung und Auswahl ist deshalb unbedingt erforderlich. Etwas ausführlicher sollen die allgemeinen Grundfragen erörtert werden. Die einzelnen Unverbindlichkeitsgründe sollen dann nur kurz angesprochen werden.

A. Allgemeine Grundfragen

I. Die Unverbindlichkeitsgründe als Grenze der (öffentlich-rechtlichen) Gehorsamspflicht

1) Führt ein Untergebener einen Befehl wegen dessen vermeintlicher Unverbindlichkeit nicht aus, so kann die eigentliche strafrechtliche Bewertung dieses Verhalten erst dann einsetzen, nachdem feststeht, daß die erteilte Anweisung verbindlich gewesen ist oder nicht. Aus der Sicht des Strafrechts handelt es sich dabei praktisch um eine V o r f r a g e . War der Soldat verpflichtet, den Befehl auszuführen, oder durfte er den Gehorsam verweigern ? Für die hier zu behandelnden Irrtumsfragen ist allein entscheidend, daß sich der Soldat über die Verbindlichkeit geirrt hat, weil seine sub-

1) Darüber gibt es auch bereits mehrere umfassende Untersuchungen; hinzuweisen wäre hier z.B. auf DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.23-32, SCHWAIGER, Dissertation, S.158ff., HIRSCHMANN S.25-155, SCHREIBER NZWehrR 1965,1ff. Zusätzlich sei darauf aufmerksam gemacht, daß auch in den öffentlich-rechtlichen Arbeiten, die sich mit dem militärischen Statusverhältnis beschäftigen, durchweg zu der Frage Stellung genommen wird, was dem einzelnen Soldaten nun wirksam befohlen werden kann, vgl. aus neuerer Zeit die Arbeiten von BREITINGER, DOWIE, REISS und ULLMANN.

jektive Vorstellung nicht der objektiven Wirklichkeit entsprach. Die eigentlich strafrechtliche Beurteilung, ob der Soldat nun bestraft werden kann oder nicht, beginnt erst dann, wenn vorher darüber entschieden worden ist, ob der Befehl verbindlich war oder nicht. Die Rechtsfolgen ergeben sich dann aus § 22 Abs.1 Satz 2, § 22 Abs.2 bzw. § 22 Abs.3 WStG.

Die Frage nach der Verbindlichkeit eines Befehls zu stellen, bedeutet letztlich, Antwort darauf zu geben, wo die Gehorsamspflicht des Soldaten endet. Dies ist jedoch kein originär strafrechtliches Problem, sondern maßgebend hierfür ist das (öffentlich-rechtliche) Dienstrecht des Soldaten. Geregelt ist dies im Soldatengesetz. Für das Strafrecht hätte es genügt, wenn in § 22 Abs.1 Satz 1 WStG bestimmt worden wäre, daß das Nichtbefolgen eines unverbindlichen Befehls nicht rechtswidrig ist (2).

Insofern ist es "systemwidrig", wenn hier außerdem noch Unverbindlichkeitsgründe genannt werden. Diese Fragen hätten - schon der Einheitlichkeit wegen - im Soldatengesetz abschließend behandelt werden müssen (3). Die Befehlslehre, insbesondere die schwierigen Fragen der Gehorsamspflicht gehören nicht in das Strafrecht (4). Wenn dies immer genügend berücksichtigt worden wäre, würden z.B. Fragen der "Zumutbarkeit" innerhalb der Befehlslehre keine Rolle spielen(5).

---

2) Ebenso HIRSCHMANN S.216. So steht z.B. in § 113 StGB auch nur der kurze Hinweis, daß die Amtsausübung rechtmäßig gewesen sein muß; vgl. dazu jetzt auch MEYER NJW 1972,1845ff.

3) Siehe auch die Kritik an der gesetzlichen Regelung von Eb.SCHMIDT JZ 1960,188(189) und RITTAU, WStG, Vorbem. 2 VI vor § 19. Vgl. auch die Gesetzesvorschläge von HIRSCHMANN S.210ff.

4) Vielmehr sollte an einer klaren Funktionsteilung zwischen Soldatengesetz und Wehrstrafgesetz festgehalten werden. Das letztere regelt die strafrechtlichen Konsequenzen einer Verletzung der Gehorsamspflicht, während das Soldatengesetz diese öffentlich-rechtliche Gehorsamspflicht des Soldaten statuiert und den Umfang dieser Pflicht regelt. Hierfür sind dann nicht strafrechtliche Gesichtspunkte maßgebend, sondern öffentlich-rechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche. Vgl. auch noch BUSCH NZWehrR 1972, 158(159).

5) Übereinstimmend BUSCH NZWehrR 1972,158(159).

Die allein richtige Fragestellung hätte hier gelautet, ob die Erteilung dieses Befehls noch verhältnismäßig gewesen ist, denn "als Geltendmachung hoheitlicher Gewalt gehört die Befehlslehre zum Öffentlichen Recht und unterliegt dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen dem erstrebten dienstlichen Zweck, der Wahl der Mittel und seinen Einwirkungen in den Rechtsbereich des Untergebenen" (6).

Unter dem strafrechtlichen Blickwinkel ist für die militärischen Ungehorsamsdelikte nur entscheidend, daß ein bestimmter Befehl hätte ausgeführt werden müssen und der Soldat nicht berechtigt gewesen ist, den Gehorsam zu verweigern. Wann dies der Fall ist, also wie weitreichend die Gehorsamspflicht ist, bestimmt sich allein nach öffentlichem Recht, dem soldatischen Dienstrecht, welches im Soldatengesetz geregelt ist. Diese Tatsache gilt es zu berücksichtigen, wenn hier in einer strafrechtlichen Arbeit zu dieser Frage Stellung genommen wird. Zwar muß auch der Strafrichter - und nur er allein - darüber entscheiden, ob der nicht ausgeführte Befehl verbindlich gewesen ist oder nicht, nur sollten beide Rechtsgebiete hierbei streng auseinandergehalten werden.

2) Wie wir sogleich sehen werden, hat sich zumindest der Gesetzgeber nicht daran gehalten. Wenn nämlich nach den Grenzen der Gehorsamspflicht gefragt wird, dann müssen zwei Vorschriften genannt werden, § 11 SG und § 22 Abs.1 Satz 1 WStG. In § 11 Abs.1 Satz 3 SG wird gesagt, daß Ungehorsam nicht vorliegt, wenn der Befehl die Menschenwürde verletzt oder zu nicht dienstlichen Zwecken erteilt wird. Der die Menschenwürde verletzende und der nichtdienstliche Befehl muß demnach unverbindlich sein. Für die sog. verbrecherischen Befehle wird zwar die Unverbindlichkeit nicht ausdrücklich festgestellt, doch in § 11 Abs.2 Satz 1 SG wird angeordnet, daß diese Befehle nicht ausgeführt werden dürfen. Wenn aber eine Pflicht zum Nichtbefolgen besteht, schließt dies die Gehorsamspflicht aus, so daß sich die Un-

---

6) So BUSCH NZWehrR 1972,158(159).

verbindlichkeit notwendigerweise ergibt.

Lediglich diese drei Unverbindlichkeitsgründe werden im Soldatengesetz ausdrücklich genannt. Nun wäre dagegen nicht allzuviel einzuwenden, wenn in § 22 Abs.1 Satz 1 WStG diese Unverbindlichkeitsgründe nur wiederholt werden. Auf den ersten Blick hin, scheint dies auch so zu sein. Durch die Wendung "insbesondere" hat jedoch der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß es darüber hinaus noch andere Unverbindlichkeitsgründe geben kann. In gewisser Hinsicht wird dies zwar von LERCHE angezweifelt (7). Ob dies richtig ist, hängt letztlich davon ab, wie weit man den Begriff "nicht zu dienstlichen Zwecken" fassen will (8). Ansonsten wird von niemanden bestritten, daß es außer den drei bereits genannten, weitere unverbindliche Befehle geben kann. Daß dies so ist, ergibt sich nunmehr nicht einmal aus dem Soldatengesetz, sondern eindeutig nur aus dem Wehrstrafgesetz, obwohl es bereits mißlich ist, daß die Fragen der Gehorsamspflicht durch den Gesetzgeber im Soldatengesetz nicht noch detaillierter geregelt worden sind, sondern die Konkretisierung dieser Pflicht der Rechtsprechung und der Literatur überlassen worden ist (9).

Zusammenfassend kann somit gesagt werden: Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Ungehorsams ist, daß der nicht ausgeführte Befehl verbindlich war. Um einen unverbindlichen Befehl handelt es sich, wenn keine Gehorsamspflicht besteht. Für Umfang und Grenzen dieser öffentlich-rechtlichen Gehorsamspflicht ist allein das Dienstrecht des Soldaten maßgebend, für das ausschließlich die Grundsätze des öffentlichen Rechts gelten.

II. Die Frage nach dem Warum unverbindlicher Befehle

1) Gemäß § 11 Abs.1 Satz 1 SG hat der Soldat seinen Vorgesetz-

---

7) Vgl. LERCHE, Grundrechte, S.503 in Anm.190.

8) Vgl.dazu die Ausführungen von LAMMICH NZWehrR 1970,47(49ff.).

9) Wobei teilweise dem Gesetzgeber noch vorgeworfen wird, er habe die gesetzlich angeführten Beispiele "schlecht gewählt" (so RITTAU, WStG, Vorbem. 2 VI vor § 19); vgl. auch die Kritik bei HIRSCHMANN S.209f. und 212.

ten zu gehorchen. Unproblematisch ist diese Gehorsamspflicht dann, solange der erteilte Befehl zu der geltenden Rechtsordnung nicht im Widerspruch steht. Im anderen Fall entsteht jedoch für den Soldaten ein Konflikt mit den Anforderungen der Rechtsordnung und der grundsätzlich bestehenden soldatischen Gehorsamspflicht. Für die Lösung dieses Widerstreits bieten sich zunächst zwei extreme Lösungen an (10). Denkbar wäre einmal, daß die Gehorsamspflicht immer dann besteht, wenn der Vorgesetzte den Gehorsam fordert; dann gälte der Grundsatz des absoluten Gehorsams. Die alleinige Verantwortung für die Ausführung des Befehls müßte dann bei dem befehlenden Vorgesetzten liegen. Die andere Möglichkeit wäre die, daß der Untergebene selbst verpflichtet ist, sich von der Rechtmäßigkeit des Befehls vor dessen Ausführung zu überzeugen. Die Gehorsamspflicht träte stets dann zurück, wenn der erteilte Befehl der Rechtsordnung in irgendeiner Weise widerspricht.

Bedenklich erscheinen beide Möglichkeiten. Im ersten Fall müßten selbst schwerste Verbrechen begangen werden, wenn der Vorgesetzte seine Befehlsgewalt mißbraucht. Die absolute Gehorsamspflicht negiert die Eigenverantwortlichkeit der Persönlichkeit völlig (11). Ist die Rechtswidrigkeit offensichtlich, dann muß die Gehorsamspflicht entfallen. Bestände die Gehorsamspflicht immer nur dann, wenn der erteilte Befehl auch tatsächlich rechtmäßig ist, würde dies eine allgemeine Prüfungspflicht des Untergebenen voraussetzen, so daß die prompte Befehlsausführung rechtmäßiger Befehle gefährdet wäre (12).

Erforderlich ist deshalb ein Mittelweg. Die Gehorsamspflicht besteht nicht in allen Fällen, entfällt aber auch nicht stets, wenn der Befehl gegen die geltende Rechtsordnung verstößt. Daraus erklärt sich die Tatsache, daß es

---

10) Zum Folgenden vgl. auch HIRSCHMANN S.213f., JESCHECK, Bw und Recht, S.76ff., SCHIERHOLT S.63f. und SCHWAIGER, Dissertation, S.211ff.

11) Ebenso HIRSCHMANN S.214, JESCHECK, Bw und Recht, S.77, SCHWAIGER, Dissertation, S.211.

12) Übereinstimmend STRATENWERTH, Gehorsam, S.178 und HIRSCHMANN, S.28f.; teilweise a.A. SCHWAIGER, Dissertation, S.212f.

rechtswidrige aber verbindliche Befehle geben kann (13). Nicht nur der rechtmäßige Befehl ist verbindlich und vermag die Gehorsamspflicht zu begründen. Andererseits begründet nur der verbindliche Befehl die Gehorsamspflicht, so daß Verbindlichkeit und Gehorsamspflicht untrennbar verbunden sind (14). Gleichgültig wäre es nun, ob man Umfang und Grenzen der Gehorsamspflicht rein abstrakt bestimmt oder ob man die Frage der Verbindlichkeit in den Vordergrund rückt. Falls ein Befehl für unverbindlich erklärt wird, bedeutet dies andererseits, daß eine Gehorsamspflicht nicht besteht. Üblich ist das letztere Vorgehen. Es wird also gefragt, in welchen Fällen ist der Befehl unverbindlich, so daß die Pflicht zur Befehlsausführung entfällt. Wie kann nun aber die Tatsache dogmatisch erklärt werden, daß Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit des Befehls sich nicht decken ?

2) Häufig wird hier eine Parallele zum fehlerhaften Verwaltungsakt gezogen, und zwar unabhängig davon, ob der Befehl nun als Verwaltungsakt angesehen wird oder nicht (15). Auch nicht jeder rechtswidrige Verwaltungsakt ist von vornherein unbeachtlich. Nur in einigen wenigen Fällen wird die Nichtigkeit angenommen. In den anderen Fällen ist der rechtswidrige Verwaltungsakt lediglich aufhebbar, so daß er bis dahin wie ein rechtmäßiger Verwaltungsakt Rechtswirkungen erzeugen kann (16). Dem nichtigen Verwaltungsakt soll nun der unverbindliche Befehl entsprechen (17). Vom Ergebnis her gesehen, kann eine Übereinstimmung zwar nicht geleugnet werden, aber ansonsten sind doch gewisse Unterschiede festzustellen. Zieht man nämlich die Parallele zu

---

13) Vgl. dazu auch BRINGEWAT NZWehrR 1971,126(127) und SCHIERHOLT S.63f.

14) So auch BRINGEWAT NZWehrR 1971,126(130f.).

15) Vgl. z.B. ARNDT GA 1957,46(49f.), MEYER DÖV 1954,68, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(91), WDS NZWehrR 1969, 65(66), vgl. auch Amtl. Begr. SG S.21; dagegen bereits SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(24).

16) Ausführlicher WOLFF § 50 I a (S.360f.).

17) So ausdrücklich ARNDT GA 1957,46(50).

dem allgemeinen Verwaltungsrecht und den Grundsätzen, wann ein fehlerhafter Verwaltungsakt ausnahmsweise einmal nichtig ist, dann liegt es nahe, diese Voraussetzungen auch auf die Befehlslehre entsprechend anzuwenden. So erklären sich dann Aussagen im Schrifttum wie die, der Befehl sei unverbindlich, wenn er die Rechtswidrigkeit "auf der Stirn trage" (18). Das erinnert an die im Verwaltungsrecht herrschende Evidenztheorie (19). Könnte jedoch ein Befehl wirklich nur unter den entsprechenden Voraussetzungen für unverbindlich erklärt werden, bei deren Vorliegen im allgemeinen Verwaltungsrecht ein fehlerhafter Verwaltungsakt nichtig wäre, dann würde dies praktisch zu einer Ausdehnung der Gehorsamspflicht führen. Bereits die gesetzliche Regelung ließe sich dann nicht widerspruchslos erklären(20).

Richtig erscheint folgendes: Ähnlich wie bei anderen hoheitlichen Anordnungen (21) hat auch der militärische Befehl die V e r m u t u n g der Rechtmäßigkeit für sich(22). Der Untergebene soll auf die Rechtstreue des Vorgesetzten vertrauen dürfen, mit der Folge, daß er die Rechtmäßigkeit des Befehls ohne eigene Prüfung voraussetzen darf. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn die Rechtswidrigkeit des erteilten Befehls ganz offensichtlich ist. Die Vermutung ist dann zerstört, der Befehl ist unverbindlich. Dies ist eine absolute Grenze der Gehorsamspflicht. Die Pflicht zum Gehorsam entfiele selbst dann, wenn der Gesetzgeber hier noch eine Gehorsamspflicht statuieren würde (23).

---

18) So MANN DÖV 1960,409(415) und v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(91).

19) Vgl. WOLFF § 51 I b 3 (S.369) und QUIDDE/THIEME, Zur Evidenz der Fehlerhaftigkeit, DÖV 1963,339ff.

20) Nur bei Vergehen ist der Befehl unverbindlich, Übertretungen muß der Soldat ausführen. Wo die Grenze verläuft, ist machmal sehr schwer zu erkennen; vgl. dazu WEGENER NZWehrR 1959,132ff. und SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(26).

21) Näher dazu STRATENWERTH, Gehorsam, S.48f.

22) Ganz h.M., vgl. nur BRINGEWAT NZWehrR 1971,126(130 mit weiteren Nachweisen in Anm.20).

23) Dies aufgezeigt zu haben, ist das Verdienst der Untersuchung von STRATENWERTH über "Verantwortung und Gehorsam", vgl. besonders S.54, 203, 207f.

Die Fälle unverbindlicher Befehle braucht hierauf jedoch nicht beschränkt zu sein, denn der Gesetzgeber hat durchaus das Recht, darüber hinaus durch positiv-rechtliche Anordnung auch solche Befehle für unverbindlich zu erklären, wo die Rechtswidrigkeit und damit der Verstoß gegen die Rechtsordnung nicht so offensichtlich ist (24). Die Grenzen der Verbindlichkeit können enger gezogen werden. An der Frage, welche Erwägungen hier eventuell Bedeutung erlangen können, zeigt sich, daß auf die Befehlslehre die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts bezüglich nichtiger Verwaltungsakte nicht schlechthin übertragbar sind. Für die Frage der Verbindlichkeit eines Befehls gelten eigene Gesichtspunkte, die sich aus den spezifischen militärischen Aufgaben ergeben (25). Entscheidend sind spezielle militärische Erwägungen, ob ein rechtswidriger Befehl als verbindlich oder unverbindlich angesehen wird.

Dabei steht eigentlich nicht die hoheitliche Anordnung als solche im Mittelpunkt, sondern der ausführende Untergebene und der Sinn der militärischen Gehorsamspflicht überhaupt. Nur im Hinblick darauf kann gesagt werden, ob eine Gehorsamspflicht noch sinnvoll ist oder nicht. Aber wenn man den militärischen Gehorsam einschränkt und damit die Gehorsamspflicht entfällt, dann ist die Unverbindlichkeit des Befehls nur die Folge davon. Im allgemeinen Verwaltungsrecht ist die Blickrichtung eine andere (26). In der Befehlslehre stehen allein die militärischen Gegebenheiten im Vor-

---

24) STRATENWERTH, Gehorsam, S.162, ähnlich JESCHECK, Bw und Recht, S.79. Anders HIRSCHMANN S.32, der meint, die Grenze der Legitimität sei stets überschritten, wenn der Befehl unverbindlich ist, so auch ARNDT NZWehrR 1960,145(149).

25) Vgl. dazu auch JESCHECK, Bw und Recht, S.77 und 84, SCHIERHOLT S.61ff., BRINGEWAT NZWehrR 1971,126(130); ähnlich WDS NZWehrR 1969,65(67): "Ein Befehl braucht mithin auch dann nicht befolgt zu werden, wenn ihm über seine Rechtswidrigkeit hinaus ein solcher Mangel anhaftet, daß die Annahme seiner Verbindlichkeit mit dem Sinn des Befehlsverhältnisses unvereinbar wäre".

26) Bei der Frage, ob ein fehlerhafter Verwaltungsakt eventuell nichtig sein könnte, steht allein die hoheitliche Anordnung im Mittelpunkt, und damit die Frage, ob hier ausnahmsweise einmal Nichtigkeit angenommen werden könnte. Die umgekehrte Frage, ob nicht deshalb Nichtigkeit angenommen werden muß,

dergrund und damit die Frage, ob es erforderlich ist, die Gehorsamspflicht hier noch aufrechtzuerhalten und die gegenteiligen Anforderungen der allgemeinen Rechtsordnung zurückzudrängen. Bei der Frage, ob ein Befehl verbindlich ist, wird letztlich darüber entschieden, welcher Pflicht der Vorrang einzuräumen ist, dem militärischen Gehorsam oder dem Rechtsgehorsam gegenüber der Rechtsordnung. Die eigentliche Frage lautet deshalb nicht, ob der Befehl mit solch schweren Mängeln belastet ist, so daß er unverbindlich sein muß, sondern im Mittelpunkt steht die Frage nach dem Umfang und den Grenzen der militärischen Gehorsamspflicht (27). Letztlich gilt es mit den einzelnen Unverbindlichkeitsgründen, diese Grenze zu bestimmen. Hier Parallelen zum nichtigen Verwaltungsakt zu ziehen, dürfte diese Frage eher verdunkeln, als daß damit zu ihrer Klärung Wesentliches beigetragen wird.

III. Zur Systematik der Unverbindlichkeitsgründe

1) Üblicherweise unterscheidet man bei den unverbindlichen Befehlen solche, die nicht ausgeführt werden dürfen, solche, die nicht ausgeführt zu werden brauchen, und solche, die nicht ausgeführt werden können (28). Dieser Unterteilung ordnet man dann die jeweiligen Unverbindlichkeitsgründe zu. SCHREIBER meint in seinem Aufsatz "Unverbindliche Befehle - Versuch einer Systematik" (29), daß man zu diesen drei grossen Hauptgruppen im Hinblick auf die Regelung in § 11 SG und

---

weil für den Verwaltungsunterworfenen anderenfalls der Verwaltungsakt zunächst wirksam wäre, wird zumeist nicht gestellt. Im Grunde wird nur gefragt, ob der betreffende Verwaltungsakt an solch schweren Mängeln leidet, daß hier nur die völlige Unbeachtlichkeit in Betracht kommen kann.

27) So ähnlich SCHIERHOLT (S.61ff.), der hier aber eine Rechtsgüterkollision annimmt; auf der einen Seite die militärische Disziplin und auf der anderen ein durch die Befolgung des rechtswidrigen Befehls verletztes allgemeines Rechtsgutes (bes. S.64 Anm.2).

28) So z.B. SCHREIBER NZWehrR 1965,1ff.(bes. S.10); HIRSCHMANN S.33ff. (beachte Anm.1 auf S.33); vgl. auch DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.23ff.; keine Systematik findet sich dagegen bei SCHWAIGER, Dissertation, S.158ff.

29) In: NZWehrR 1965,1ff.

§ 22 WStG zwangsläufig käme. Nun ist nicht zu leugnen, daß diese Einteilung auf Grund der gesetzlichen Regelung sich anbietet. Nur ist dieser Gesichtspunkt für die eigentliche Frage, ob ein Befehl unverbindlich ist, völlig bedeutungslos. Diese Art der Systematik setzt das Ergebnis im Grunde voraus, um die jeweiligen Fälle überhaupt einordnen zu können. Teilweise gelingt dies aber gar nicht, so z.B. für den völkerrechtswidrigen Befehl, der nicht in allen Fällen unausgeführt bleiben muß (30). Außerdem ist diese Unterteilung nur für die Frage interessant, was geschieht, wenn ein unverbindlicher Befehl, der als solcher erkannt worden ist, dennoch von dem Soldaten ausgeführt worden ist, so z.B. ob der Untergebene sich dafür strafrechtlich zu verantworten hat oder ob er regreßpflichtig ist. Im Rahmen der Insubordinationsdelikte ist jedoch allein die Frage entscheidend, ob der Befehl verbindlich war oder nicht (31). Zur Beantwortung dieser Frage kann die obige Systematik indes überhaupt nichts beitragen, da für eine systematische Einordnung die Unverbindlichkeit bereits festgestellt sein muß.

2) Deshalb soll hier einmal ein anderer Weg versucht werden. Vielleicht ließe sich eine Systematik finden, die für die Entscheidung, ob ein Befehl verbindlich ist oder nicht, selbst fruchtbar gemacht werden könnte . Wenn das möglich wäre, so hätte dies den Vorteil, daß bei neu auftauchenden Fallgruppen diese Art von Systematik mithelfen könnte, die Frage unter Umständen leichter zu beantworten, ob hier ein neuer Unverbindlichkeitsgrund anerkannt werden sollte oder nicht (32). Wenn aber die zu findende Systematik sogleich auch eine derartige Entscheidungshilfe darstellen soll, so kann es sich dabei nur um die

---

30) Vgl. HIRSCHMANN S.60.

31) Da es für die Anwendung des § 22 Abs.2 WStG nach der hier vertretenen Auffassung nicht entscheidend ist, daß der Soldat geglaubt haben muß, er sei verpflichtet, den Befehl nicht auszuführen (vgl. unten 2.Teil C II), spielt diese Unterscheidung selbst hier keine so große Rolle.

32) Siehe zu dieser Frage auch SCHIERHOLT S.80f.

Frage handeln, ob sich die heute bereits anerkannten Unverbindlichkeitsgründe auf einige wenige Grundprinzipien zurückführen lassen. Die einzelnen Unverbindlichkeitsgründe müßten dann als Untergliederungen einer größeren Hauptgruppe verstanden werden.

Bei genauerem Hinsehen lassen sich tatsächlich bei den heute allgemein anerkannten Unverbindlichkeitsgründen im wesentlichen drei Grundprinzipien erkennen, aus denen sich dann die einzelnen Unverbindlichkeitsgründe ableiten lassen (33). Und zwar könnten sie stichwortartig folgendermaßen benannt werden: 1.) Unverbindlichkeit wegen Beeinträchtigung schutzwürdiger Rechtsgüter Dritter, 2.) Unverbindlichkeit wegen fehlender Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Bundeswehr bei Nichtausführung, 3.) Unverbindlichkeit wegen Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Person des Untergebenen. Was soll nun im einzelnen darunter verstanden werden ?

Eine große Zahl von Befehlen ist unverbindlich, weil bei Befolgen des Befehls in schutzwürdige Rechtsgüter Dritter eingegriffen würde (34); deutlich zu erkennen z.B. bei dem sog. verbrecherischen Befehl. Hier sollen Außenstehende geschützt werden. Die zweite Fallgruppe betrifft die Bundeswehr selbst. Eine Bestrafung wegen Ungehorsams wäre hier unsinnig, weil die Rechtsgüter, die durch die Insubordinationsdelikte geschützt werden sollen, gar nicht tangiert werden. Hauptbeispiel dürfte der nichtdienstliche Befehl sein (35). Die Nichtausführung des Befehls würde zu keiner Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Armee führen. Das könnte bei der dritten Fallgruppe eventuell der Fall sein. Hier folgt jedoch die Unverbindlichkeit daraus, daß die Ausführung des Befehls die Persönlichkeit des Untergebenen in unverhältnismäßiger Weise beschränken oder

---

33) Anders dagegen SCHIERHOLT (S.61ff., bes. S.80f.), der hier eine Rechtsgüterkollision annimmt. Stets sei zwischen der militärischen Disziplin und anderen allgemeinen Rechtsgütern abzuwägen.

34) Vgl. auch v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(91).

35) A.A. ist SCHREIBER NZWehrR 1971,134(135), der hier Unverbindlichkeit wegen Machtüberschreitung des Vorgesetzten annimmt.

beeinträchtigen würde, so z.B. der Befehl, der die Menschenwürde des Untergebenen verletzt.

Über Einzelheiten der hier vorgeschlagenen Systematik kann man sich sicherlich streiten und Einwände dagegen anbringen. Auch ist nicht zu verkennen, daß sich Überschneidungen teilweise - wie letztlich bei jeder Systematik - nicht ausschließen lassen. Aber schon der gesetzlichen Regelung kann man diese Grundprinzipien entnehmen. Die drei in § 22 Abs.1 Satz 1 WStG beispielhaft genannten Gründe lassen sich jeweils einer dieser Hauptgruppen zuordnen. Insoweit dürfte es vielleicht doch nicht so ganz berechtigt sein, wenn RITTAU dem Gesetzgeber vorwirft, er habe die Beispiele schlecht gewählt (36). Neigt man der Auffassung zu, daß die drei oben genannten Grundprinzipien bereits in dieser Vorschrift angesprochen werden, dann wäre auch die Auffassung von LERCHE, daß es darüber hinaus keine weiteren Unverbindlichkeitsgründe geben kann (37), eher verständlich.

IV. Die sog. Nicht-Befehle

Bevor nun sogleich einzelne Unverbindlichkeitsgründe im Hinblick auch auf die soeben genannten Grundprinzipien erörtert werden, dürfte vorab noch eine begriffliche Klärung erforderlich sein. Es geht um die Abgrenzung zwischen "Befehl" und "Nicht-Befehl".

Dabei wird man davon auszugehen haben, daß ein "Befehl", der keiner ist, zwar erst recht nicht verbindlich, aber auch nicht unverbindlich sein kann. Wenn man den Begriff "Nicht-Befehl" im Wehrstrafrecht überhaupt verwenden will, dann sollte er auf solche Anweisungen beschränkt bleiben, die nicht einmal die Merkmale des Befehlsbegriffs in § 2 Nr.2 WStG erfüllen (38). Die von RITTAU vorgeschlagene Terminologie, der den nichtdienstlichen Befehl als "Scheinbe-

---

36) Vgl. RITTAU, WStG, Vorbem. 2 VI vor § 19; vgl. auch HIRSCHMANN S.209f. und 212. Wie im Text auch SCHIERHOLT S.66.

37) In: Grundrechte S.503 in Anm.190.

38) So auch SCHWENCK ZStW 83(1971),468(478f.) und v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(87). Vgl. auch SCHIERHOLT S.68.

fehl" bezeichnet (39), sollte deshalb abgelehnt werden. Nur in den Fällen, wo der Soldat nicht einmal den Tatbestand eines Ungehorsamsdelikts erfüllt, kann man von Nicht-Befehlen sprechen. So wäre z.B. ein "Befehl" eines Zivilisten nicht lediglich "unverbindlich", sondern völlig unbeachtlich.

Unverbindlich in diesem Sinne kann nur eine solche Anweisung sein, die die Merkmale in § 2 Nr.2 WStG erfüllt. Die Frage nach der Unverbindlichkeit setzt also das Vorliegen eines Befehls voraus (40). Nur derartige Fälle werden im folgenden erörtert. Bei einem Nicht-Befehl stellt sich das Problem der Unverbindlichkeit von vornherein nicht. Bezüglich der einzelnen Begriff "rechtswidriger Befehl", "unverbindlicher Befehl" und "Nicht-Befehl" lassen sich gewisse Parallelen zum Prozeßrecht ziehen. Auch hier unterscheidet man üblicherweise zwischen "bindendem, aber aufhebbaren Urteil", "nichtigem Urteil" und "Nicht-Urteil" (41).

B. Die Unverbindlichkeitsgründe im einzelnen

I. Unverbindlichkeit wegen Beeinträchtigung schutzwürdiger Rechtsgüter Dritter

Zu dieser Hauptgruppe sollen die folgenden drei Arten unverbindlicher Befehle gezählt werden: der verbrecherische Befehl, der völkerrechtswidrige Befehl und der sinnwidrig gewordene Befehl. Durch diese Unverbindlichkeitsgründe werden nicht spezielle Rechtsgüter der Bundeswehr oder des Befehlsempfängers geschützt,sondern im Vordergrund stehen schutzwürdige Interessen außenstehender Dritter, die im Falle der Befehlsausführung verletzt würden.

1) Der verbrecherische Befehl

Gemäß § 22 Abs.1 WStG sind Befehle, durch deren Befolgung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde, unverbindlich.

---

39) WStG Vorbem.2 II vor §19; zust.LAMMICH NZWehrR 1970,47(51).

40) Ebenso BayObLG NZWehrR 1960,136.

41) Vgl. KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 11.Auflage, München 1972, S.252f.

Damit sind die Interessen außenstehender Dritter bereits im weiten Umfang als schutzwürdig anerkannt. Bei diesem Unverbindlichkeitsgrund gilt es jedoch zu beachten, daß Befehle, deren Erteilung bereits den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens verwirklichen, nicht davon erfaßt werden (42). Aus einem Umkehrschluß ergibt sich auch, daß ein Befehl, der auf die Begehung einer Übertretung, einer Ordnungswidrigkeit oder zivilrechtlichen Unrechts gerichtet ist, nicht allein deswegen bereits unverbindlich wäre (43), wobei die Abgrenzung zwischen Vergehen bzw. Ordnungswidrigkeit im Einzelfall nicht immer leichtfällt (44). Bezüglich weiterer Einzelheiten soll auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden (45).

2) Der völkerrechtswidrige Befehl

Befehle, die einen Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts (46) beinhalten, sind ebenfalls unverbindlich. Dies ergibt sich nach h.M. aus Art.25 GG. Daraus folgt der Vorrang des Völkerrechts vor innerstaatlichem Recht. Deshalb hat die militärische Gehorsamspflicht auch hier zurückzutreten. Unverbindlich ist aber nur der Befehl, durch dessen Ausführung eine Bestimmung des Völkerrechts konkret verletzt würde, so daß Befehle, die nur einen eventuellen Verstoß gegen allgemein anerkannte Völkerrechtsregeln vorbereiten sollen - z.B. der Befehl, sich überhaupt zu Kampfmaßnahmen bereitzuhalten - , nicht bereits unverbindlich sind (47). Die eigentlichen Schwierigkeiten bei diesem Un-

---

42) Absolut h.M., vgl. nur HIRSCHMANN S.37f., der dafür auch ein Beispiel nennt.

43) So auch BUSCH NZWehrR 1972,158(159); ausführlicher dazu mit Beispielen SCHWAIGER, Dissertation, S.181f.

44) Immer noch aufschlußreich ist die spezielle Untersuchung darüber von WEGENER in NZWehrR 1959,132ff.; vgl. auch SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(26).

45) Vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.26, HIRSCHMANN S.33ff., JESCHECK, Bw und Recht, S.80, SCHWAIGER, Dissertation, S.179ff.

46) Welche hier hauptsächlich in Betracht kommen, vgl. bei SCHIERHOLT S.71 in Anm.4 und HIRSCHMANN S.54.

47) Vgl. auch SCHWENCK ZStW 83(1971),468(488f.). JESCHECK, Bw und Recht, S.71 hält einen Ausbildungsbefehl zu völkerrechts-

verbindlichkeitsgrund dürften darin liegen, festzustellen, wann nun tatsächlich ein Befehl gegen allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechts verstößt, da nicht restlos geklärt ist, welche Regeln genau damit gemeint sind. Darauf kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden (48).

3) Der sinnwidrig gewordene Befehl

Ist der erteilte Befehl durch eine grundlegende Veränderung der Sachlage sinnlos geworden, dann kann die Nichtausführung des Befehls zum Schutze von anderen Rechtsgütern u.U. sogar geboten sein, so daß eine Bestrafung ausgeschlossen ist (49). Deshalb ist eine tiefgreifende Veränderung der Sachlage von dem Untergebenen vernünftig zu berücksichtigen. Dies entspricht der h.M. (50). Umstritten ist lediglich die rechtliche Konstruktion zur Begründung dieses Ergebnisses. Teilweise wird übergesetzlicher Notstand (51) angenommen oder eine fingierte Rücknahme durch den Vorgesetzten unterstellt (52). Richtiger dürfte es sein, hier mit der überwiegenden Mehrheit einen Unverbindlichkeitsgrund eigener Art anzunehmen (53).

II. Unverbindlichkeit wegen fehlender Gefährdung schutzwürdiger Interessen der Bundeswehr bei Nichtausführung

Da nach § 2 Nr.2 WStG alle Anweisungen eines Vorgesetzten mit Anspruch auf Gehorsam "Befehle" sind, können darunter auch solche Anweisungen fallen, deren Befolgung zwar kein Rechtsgut eines außenstehenden Dritten verletzen würde, aber die Verweigerung des Gehorsams durch den Untergebenen auch

---

widriger Kampfführung für unverbindlich. Dem dürfte noch zuzustimmen sein.

48) Zu diesen Schwierigkeiten ausführlicher HIRSCHMANN S.41ff.

49) Beispiele dafür bei HIRSCHMANN S.134.

50) Vgl. ARNDT GA 1957,46(52) und Grundriß S.194; DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.30; HIRSCHMANN S.130ff.; JESCHECK, Bw und Recht, S.83 in Anm.46; v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(92); SCHIERHOLT S.75f.; SCHWAIGER, Dissertation, S.190ff.

51) So z.B. v.MITZLAFF a.a.O.

52) So z.B. ARNDT a.a.O.

53) Weitere Einzelheiten siehe bei HIRSCHMANN a.a.O. und SCHWAIGER a.a.O.

nicht zu einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Bundeswehr führen könnte. Eine Bestrafung wegen Ungehorsams ist dann nicht erforderlich, weil die durch die Insubordinationsdelikte geschützten Rechtsgüter hier nicht gefährdet werden können. Diese Befehle sind deshalb ebenfalls unverbindlich. Dies ist der Fall beim nichtdienstlichen Befehl, beim grundgesetzwidrigen Befehl, bei einem die Befehlsbefugnis überschreitenden Befehl und beim unmöglichen Befehl.

1) Der nichtdienstliche Befehl

Die Unverbindlichkeit eines Befehls, der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist, ergibt sich bereits aus § 22 Abs.1 WStG. Die Befehlsgewalt ist dem Vorgesetzten nur deshalb verliehen, um zu gewährleisten, daß die Armee ihre Aufgaben erfüllen kann. Deshalb erscheint es bald als Selbstverständlichkeit (54), daß derjenige Befehl unverbindlich ist, der dieses Ziel nicht verfolgt. Um zu erkennen, ob der Befehl nichtdienstlichen Zwecken dient, bedarf es der Klärung, was "dienstlicher Zweck" ist (55). Üblicherweise wird hier auf eine Formulierung des Reichsgerichts hingewiesen(56). Danach fällt unter den Begriff des Dienstes "die Gesamtheit der Verrichtungen, denen sich die Angehörigen der Wehrmacht in ihrer Eigenschaft als Soldaten zu unterziehen haben, um die Erfüllung der zu den Angelegenheiten der Wehrmacht gehörigen Aufgaben zu ermöglichen" (57).

HIRSCHMANN und SCHWAIGER halten diese Begriffsbestimmung für zu formal und dehnbar (58). Ihr Versuch, zu einer Konkretisierung an Hand der im Soldatengesetz näher bezeichneten Pflichten und Aufgaben des Soldaten zu gelangen, ist jedoch auch nicht besonders geeignet, gerade in zweifelhaften Fällen eine Entscheidung wesentlich zu erleichtern. Vielmehr

---

54) Ähnlich äußert sich RITTAU, WStG, Vorbem. 1 vor § 19.

55) Ebenso HIRSCHMANN S.68.

56) So z.B. von ARNDT, Grundriß, S.190, DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.13 und BDH NZWehrR 1967,128f.

57) RGSt 64,67, vgl. auch RGSt 58,110; 59,330(334).

58) HIRSCHMANN S.69ff. und SCHWAIGER, Dissertation, S.159ff.

dürfte es so sein, daß man sich mit einer derart formalen Definition wird begnügen müssen. Aber einige weitere Hinweise dazu, was mit diesem Unverbindlichkeitsgrund gemeint ist, lassen sich doch geben.

Der dienstliche Zweck ist bestimmt dann zu verneinen, wenn der Vorgesetzte mit der Erteilung des Befehls private Zwekke verfolgt (59). Unverbindlich ist der Befehl jedoch nicht schon dann, wenn er auch außerdienstlichen Zwecken dient(60). Besonders schwierig wird die Abgrenzung, wenn es sich um Befehle im außerdienstlichen Bereich handelt (61). Sie sind zulässig, so weit sie eine bereits bestehende Pflicht des Soldaten konkretisieren, wie z.B. die Pflicht zur Gesunderhaltung gem. § 17 SG (62).

Umstritten ist, ob das Gegenteil des dienstlichen Zwecks nur der p r i v a t e Zweck ist (63). Nach h.M. (64) soll

---

59) Das ist ganz h.M.; vgl. z.B. ARNDT, Grundriß, S.190f., DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.13, HIRSCHMANN S.72ff. LAMMICH NZWehrR 1970,47(49).

60) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.13. Daß der Befehl aber u.U. deshalb auch teilweise unverbindlich sein kann, dazu siehe SCHREIBER NZWehrR 1971,134ff.

61) Schwierig ist schon die Frage, wo die Grenze zwischen dienstlichen und außerdienstlichen Bereichen verläuft, vgl. BARTH, Festschrift HONIG, S.1ff.

62) Wie geteilt die Meinungen hier sein können, hat der sog. Sturzhelm-Erlaß bewiesen. Danach sollten die Soldaten auch auf privaten Motorradfahrten einen Sturzhelm tragen. Einige Truppendienstgerichte haben diesen Befehl für unverbindlich gehalten (vgl. TDG (E) NZWehrR 1960,32 mit abl. Anm. von METZNER und TDG (A) NZWehrR 1960,82f. mit zust. Anm. von SCHREIBER). Der BDH (NZWehrR 1961,85ff.) hat diesen Befehl dann für verbindlich angesehen, wenn der Dienstherr einen Sturzhelm zur Verfügung stellt. Zu dieser Problematik vgl. auch SCHREIBER NZWehrR 1959,94f., SCHERER NZWehrR 1961,97ff., SCHÜTZ NZWehrR 1961,100ff., BARTH NZWehrR 1965,97(105),BUSCH NZWehrR 1969,56ff., LAMMICH NZWehrR 1970,98ff.
Ähnliche Schwierigkeiten bereitete der sog. Haar und Bart-Erlaß (siehe NZWehrR 1967,165); vgl. dazu FIEDLER NZWehrR 1968,24ff., LAMMICH NZWehrR 1970,47ff., WDS NZWehrR 1969,65, TDG (A) NZWehrR 1969,67.

63) So z.B. WDS NZWehrR 1969,65(67f.), wohl auch ARNDT, Grundriß, S.190f.; kritisch hierzu LAMMICH NZWehrR 1970,47(49).

64) Vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.13, KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 2 Anm.2g, LAMMICH NZWehrR 1970,47(49), HIRSCHMANN S.74.

ein nichtdienstlicher Befehl auch dann vorliegen, wenn zwar eine Beziehung zum Dienst besteht, der Befehl aber dienstlichen Zwecken zuwiderläuft. Der dienstwidrige Befehl soll ebenso wie derjenige in Privatangelegenheiten unverbindlich sein. So wäre ein Befehl zu einer unwahren dienstlichen Meldung als nichtdienstlicher Befehl nicht verbindlich. Dem ist mit gewissen Einschränkungen zuzustimmen, denn als dienstwidrige Befehle könnten letztlich alle unverbindlichen Befehle bezeichnet werden. Aus § 22 Abs.1 Satz 1 WStG ergibt sich jedoch eindeutig, daß der nichtdienstliche Befehl nur einen Unterfall des unverbindlichen Befehl darstellt. Hauptsächlich dürfte damit der Befehl in privaten Angelegenheiten gemeint sein; in engen Grenzen wohl aber auch derjenige Befehl, der den Erfordernissen des militärischen Dienstes genau entgegengesetzt ist.

2) Der grundgesetzwidrige Befehl

Im Gegensatz zum grundrechtswidrigen Befehl ist der Begriff des grundgesetzwidrigen Befehls in der Literatur bisher noch nicht verwendet worden. Deshalb ist zunächst eine begriffliche Klärung erforderlich. Der Befehl, der gegen das Grundgesetz verstößt und damit der Verfassung zuwider erteilt worden ist, kann nicht verbindlich sein. Ein Verstoß gegen das Grundgesetz liegt aber auch im grundrechtswidrigen Befehl. Dennoch sollen derartige Befehle nicht als Unterfälle des grundgesetzwidrigen Befehls aufgefaßt werden. Vielmehr sollen als solche Befehle nur die Anweisungen angesehen werden, deren Erteilung nicht im Einklang mit der Verfassung steht, soweit es sich dabei nicht um Grundrechtsverletzungen handelt. Eine derartige Unterteilung ist auch angebracht, denn der grundrechtsverletzende Befehl stellt eine besonders wichtige und klar abgrenzbare eigenständige Fallgruppe unverbindlicher Befehle dar. Daneben sind aber andere grundgesetzwidrige Befehle denkbar, die als davon zu unterscheidende Fallgruppe anerkannt werden sollten, weil hier wesentlich andere Grundsätze zur Anwendung kommen.

Im Grundgesetz befassen sich insbesondere zwei Bestimmungen

mit dem Einsatz der Streitkräfte. Es sind dies die Artikel 26 und 87a GG. Nach Art.26 GG sind bereits die Vorbereitungen zum Führen eines Angriffskrieges - und damit die Führung eines Angriffskrieges selbst (65) - verboten. Art.87a GG regelt den Einsatz der Bundeswehr insbesondere auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland (66). Darin liegt eine verfassungsmäßige Beschränkung der Aufgaben und des Einsatzes der Bundeswehr (67). Werden diese Grundgegesetzbestimmungen mißachtet, so ist der Einsatz der Streitkräfte verfassungswidrig. Unverbindlich wäre dann jedoch nur der konkrete Einsatzbefehl, also nicht schon bereits der Befehl an die Soldaten, sich in Alarmbereitschaft zu begeben.

Die Befehle, die sich als Verstoß gegen die Verfassung darstellen und hier als grundgesetzwidrige Befehle bezeichnet werden, könnten eventuell auch als nichtdienstliche Befehle aufgefaßt werden, insbesondere dann, wenn man damit nicht nur die privaten, sondern auch die dienstwidrigen Befehle meint (68). Da es sich aber um besonders eindeutige Fälle unverbindlicher Befehle handelt, ist es gerechtfertigt, hier eine selbständige Fallgruppe zu bilden und den grundgesetzwidrigen Befehl als eigenen Unverbindlichkeitsgrund anzuerkennen.

3) Der die Befehlsbefugnis überschreitende Befehl

Überschreitet der Soldat die ihm durch die VorgVO verliehene sachliche Befehlsbefugnis, dann können Belange der Bundeswehr nicht berührt werden, wenn die Anweisung von dem Untergebenen nicht befolgt wird. Konsequenterweise bedarf es dann auch keiner Strafdrohung durch die Ungehorsamsdelikte. Das läßt sich dadurch erreichen, daß der Anweisung entweder der Befehlscharakter abgesprochen oder dieser zwar bejaht wird, jedoch deren Unverbindlichkeit angenommen wird. Beide Meinungen werden im Schrifttum vertreten. Dazu wird

---

65) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.26 Rdnr.22.

66) Welche vielfältigen Probleme damit verbunden sind, vgl. dazu die Dissertation von BRUNKOW.

67) Siehe dazu auch JESCHECK, Bw und Recht, S.68f.

68) So scheinbar JESCHECK, Bw und Recht, S.71.

noch ausführlich Stellung genommen (69), wobei der letzteren Auffassung gefolgt wird.

Keine Einigkeit besteht jedoch darüber, ob der Befehl in diesem Fall stets unverbindlich ist. Zum Teil wird die Meinung vertreten, daß der Befehl nur dann unverbindlich sein soll, wenn der Vorgesetzte offensichtlich seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschreitet (70). Zu einer derartigen Einschränkung der Unverbindlichkeit in diesen Fällen besteht indes kein Anlaß. Mit DREHER (71) ist vielmehr davon auszugehen, daß der Befehl stets dann unverbindlich ist, wenn feststeht, daß der Vorgesetzte seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschritten hat, mit der Konsequenz, daß es dann strafbaren Ungehorsam nicht geben kann.

4) Der unmögliche Befehl

Nach heute ganz h.M. (72) ist der objektiv unmögliche Befehl unverbindlich (73), so z.B. der Befehl, eine nicht existierende Brücke zu sprengen. Dagegen ist der sujektiv unmögliche Befehl grundsätzlich verbindlich, so daß der Untergebene verpflichtet ist, unter Anspannung aller seiner Kräfte (vgl. § 11 Abs.1 Satz 2 SG) wenigstens eine Ausführung zu versuchen (74). Richtig dürfte es jedoch sein, wenn hier eine Mindermeinung für eine Einschränkung dieses Grundsatzes eintritt (75). Wenn eindeutig zu erkennen ist, daß auch die teilweise Ausführung für den Untergebenen unmöglich ist, dann soll der Befehl unverbindlich sein, denn es wäre sinnlos,hier noch den Versuch einer Ausführung zu verlangen.

---

69) Vgl. unten 3.Teil IV 4 d.

70) So insbes. HIRSCHMANN S.64ff., aber auch SCHERER, SG, Anm.II 2 und Anm.III zu § 2 bzw. § 3 VORGVO, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(88), wohl auch JESCHECK, Bw und Recht, S.78.

71) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.31.

72) Über den früheren Meinungsstand unterrichten HIRSCHMANN S.145 und DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.28.

73) Vgl. HIRSCHMANN S.145 und die Nachweise in Anm.2, SCHREIBER NZWehrR 1959,97.

74) Ausführlicher dazu HIRSCHMANN S.146ff.

75) Vgl. HIRSCHMANN S.148, SCHERER, SG, § 11 Anm. I 2 a, SCHREIBER NZWehrR 1965,1(8).

III. Unverbindlichkeit wegen Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Person des Untergebenen

Schließlich kann ein Befehl im Hinblick auf die Person des Befehlsempfängers unverbindlich sein. Rechtsgüter Dritter werden hier im Falle der Ausführung des Befehls zwar nicht beeinträchtigt, möglicherweise aber Belange der Streitkräfte, und dennoch soll die Gehorsamspflicht zurücktreten, weil es unverhältnismäßig wäre, die Ausführung des Befehls von dem Untergebenen zu verlangen. Dies dürfte stets bei dem grundrechtswidrigen Befehl, dem sog. unzumutbaren Befehl und dem widersprechenden Befehl der Fall sein.

1) Der grundrechtswidrige Befehl

In § 22 Abs.1 Satz 1 WStG wird ausdrücklich nur derjenige Befehl, der die Menschenwürde des Untergebenen verletzt, als nicht verbindlich bezeichnet. Unzulässig wäre es nun, hieraus zu folgern, daß ein Befehl nur bei einem Verstoß gegen Art.1 Abs.1 GG unverbindlich sein kann, nicht aber bei anderen Grundrechtsverletzungen. Zwar gilt es hier Art.17a GG zu beachten, der die Möglichkeit vorsieht, daß bestimmte Grundrechte für Soldaten eingeschränkt werden können. Auch stehen viele Grundrechte von vornherein unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Darüber hinaus kann es jedoch grundrechtsbeschränkende Befehle geben, die, wenn sich die Grundrechtsbeschränkung nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen läßt, wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz unverbindlich sein müssen, denn auch die Armee als vollziehende Gewalt unterliegt der Grundrechtsbindung nach Art.1 Abs.3 GG, so daß auch bei der Abgrenzung der Gehorsamspflicht die grundrechtliche Stellung des Untergebenen berücksichtigt werden muß (76).

Wohl als erster hat MANN (77) bereits im Jahre 1960 die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen ein Befehl wegen einer unzulässigen Einschränkung von Grundrechten nicht verbindlich sein könnte. Einigkeit besteht darüber, daß die Grundrechte im militärischen Bereich nicht absolut

76) So JESCHECK, Bw und Recht, S.67.

77) Vgl. DÖV 1960,409ff.

gelten (78), aber für den Soldaten auch nicht gänzlich aufgehoben sind. Das ergibt sich bereits aus § 6 SG. Wo verläuft aber die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtsbeschränkung ? Hier tauchen viele schwierige verfassungsrechtliche Fragen auf (79), die hier nicht behandelt werden können, deshalb muß auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden. Feststeht jedenfalls, daß ein Befehl unverbindlich sein kann, wenn dadurch in unzulässiger Weise in Grundrechte des Untergebenen eingegriffen wird, so daß der die Menschenwürde des Untergebenen verletzende Befehl nur einen wichtigen Unterfall des Grundrechtswidrigen Befehls darstellt (80).

2) Der "unzumutbare" Befehl

Der Leitsatz eines Urteils des OLG Hamm (81) vom 16.7.1965 lautet: "Ein Befehl kann auch wegen Unzumutbarkeit seiner Ausführung unverbindlich sein, jedoch nur, wenn er ohne einen im Dienstverhältnis liegenden Grund so tief in Ehre, Ansehen, militärische Stellung, Gesundheit, Leben, wirtschaftliches Dasein u.ä. des Untergebenen eingreift, daß diesem bei Abwägung aller Gesichtspunkte die Ausführung nicht zugemutet werden kann". Dies entspricht genau der früher herrschenden Meinung. Die Unzumutbarkeit der Befolgung eines Befehls wurde als selbständiger Unverbindlichkeitsgrund anerkannt. Dies war bereits die Auffassung des RMG und RKG (82),

---

78) Vgl. z.B. HIRSCHMANN S.76.

79) Hauptsächlich mit diesen Fragen beschäftigen sich z.B. die Dissertationen von BREITINGER, ULLMANN und DOWIE. Ein besonders umstrittenes Problem ist dabei auch die Frage, ob Grundrechtsbeschränkungen deshalb zulässig sind, weil der Untergebene sich in einem sog. besonderen Gewaltverhältnis befindet. Welche Bedeutung hier der Entscheidung des BVerfG (NJW 1972,811ff.) bezüglich der Frage der Einschränkung von Grundrechten der Strafgefangenen zukommt, ist noch gar nicht zu übersehen, vgl. dazu die Rezension von KEMPF, Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in: JuS 1972,701ff.

80) Zur Unverbindlichkeit eines Befehls wegen Verletzung der Menschenwürde vgl. HIRSCHMANN S.86, REHM Wehrkunde 1956,326ff., SCHREIBER Wehrkunde 1956,416, SCHWAIGER, Dissertation, S.169.

81) Vgl. NZWehrR 1966,90ff. = NJW 1966,212ff.

82) RMG 19,251ff.; 22,81; RKG 1,177(180).

der sich der BDH angeschlossen hat (83) und die auch im neueren wehrrechtlichen Schrifttum Zustimmung fand (84). Neuerdings ist jedoch die Auffassung im Vordringen, daß auf die Anerkennung eines selbständigen Unverbindlichkeitsgrundes verzichtet werden sollte (85). Einerseits deshalb, weil es sich bei der Zumutbarkeit um einen strafrechtlichen Begriff handelt, und bei der Prüfung der Verbindlichkeit eines Befehls allein öffentlich-rechtliche Grundsätze maßgebend sein sollten(86). Andererseits auch deshalb, weil im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte auch im militärischen Bereich hierfür gar kein Bedürfnis besteht. Diese Argumente sind überzeugend. Nicht wegen der Unzumutbarkeit sollte ein Befehl unverbindlich sein, sondern wegen seiner Grundrechtswidrigkeit.

3) Der widersprechende Befehl

Durchaus denkbar ist der Fall, daß der Untergebene zwei sich widersprechende Befehle erhält, z.B. von verschiedenen Vorgesetzten. Rechtsprechung und Schrifttum zum MStGB hielten beide Befehle für verbindlich (87). Diese Auffassung wird heute als verfehlt angesehen (88), denn die Ausführung beider Befehle ist für den Soldaten unmöglich. Kann der Untergebene einen der beiden Vorgesetzten von dem abweichenden Befehl unterrichten, so hat er dies zu tun. Besteht diese Möglichkeit nicht, so soll grundsätzlich nur der letzte Befehl verbindlich sein, weil der Untergebene

---

83) Vgl. BDH NZWehrR 1959,98ff.

84) Vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.24, KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, Anm.2, v.RICHTHOFEN Anm.2 zu § 22; RITTAU, WStG, Vorbem. 2 V vor § 19; SCHREIBER NZWehrR 1965,1(9); v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch.1957,84(88).

85) Vgl.z.B. HIRSCHMANN S.142, JESCHECK, Bw und Recht, S.67/68, MANN DÖV 1960,409(416), SCHWAIGER, Dissertation, S.194f.

86) So ausdrücklich BUSCH NZWehrR 1972,158(159) und HIRSCHMANN S.143.

87) Vgl. die Nachweise bei HIRSCHMANN S.149 in Anm.3.

88) Vgl. z.B. HIRSCHMANN S.149ff., SCHWAIGER, Dissertation, S.187, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(92), DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.29, a.A. aber RITTAU, WStG, Vorbem. 2 IV vor § 19, unklar ARNDT NZWehrR 1960,145(148).

wissen muß, wie er sich in einer derartigen Situation verhalten soll. Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn es sich bei dem ersten Befehl um einen allgemeinen Befehl eines höheren Vorgesetzten handelt, der erkennbar keinerlei Durchbrechungen duldet (89).

IV. Der scheinbar unverbindliche Befehl

Die bisherigen Ausführungen galten dem tatsächlich unverbindlichen Befehl. Damit sind sämtliche Unverbindlichkeitsgründe wenigstens kurz angesprochen worden. Am Ende dieser Erörterungen dürften jedoch noch einige Bemerkungen zum scheinbar unverbindlichen Befehl angebracht sein. Gemeint sind damit die Fälle, bei denen man zunächst geneigt sein könnte, die Unverbindlichkeit anzunehmen, der Befehl aber dennoch verbindlich ist.

Unstrittig ist der sachlich ungerechtfertigte und der unzweckmäßige Befehl verbindlich (90). Über die Zweckmäßigkeit eines Befehls soll und braucht sich der Untergebene keine Gedanken zu machen. Selbst wenn der Befehl völlig unzweckmäßig ist, bleibt er verbindlich. Etwas anderes gilt nur für sehr extreme Fälle, wenn der Befehl in sich unvernünftig und völlig sinnlos erscheint (91). Irrt sich der Vorgesetzte bei der Würdigung eines Sachverhalts, so ist der Befehl eventuell sachwidrig, gleichwohl aber verbindlich (92) .

Weitere Beispiele scheinbar unverbindlicher Befehle dürften Fälle des rechtswidrigen Befehls sein. Der rechtwidrige Befehl ist nicht ohne weiteres unverbindlich (93). Falls kein Unverbindlichkeitsgrund eingreift, ist der Befehl, Übertretungen, Ordnungswidrigkeiten oder ziviles Unrecht

---

89) Weitere Einzelheiten vgl. dazu bei den in der vorherigen Anmerkung genannten Autoren.

90) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.77 und 114, DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.33, HIRSCHMANN S.168ff., SCHREIBER NZWehrR 1965, 1(3), SCHWAIGER, Dissertation, S.199, SCHIERHOLT S.67.

91) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr. 33 und HIRSCHMANN S.169 in Anm.1.

92) Näher dazu HIRSCHMANN S.169.

93) Vgl. dazu bereits oben S.6f.

zu begehen, verbindlich. Nach JESCHECK (94) soll dies sogar für strafrechtlich nicht sanktionierte Grundrechtsverletzungen gelten, soweit nicht Grundrechte des Befehlsempfängers selbst betroffen sind. Zumindest für die Verletzung der Menschenwürde dürfte dies nicht richtig sein, denn nach h.M. ist ein Befehl nicht nur dann unverbindlich, wenn er die Menschenwürde des Untergebenen, sondern auch die eines Zivilisten verletzt (95).

Erheblich umstrittener ist die Frage, ob ein Befehl gegenstandslos ist, der eine gesetzlich verbotene und mit Strafe bedrohte Handlung nochmals ausdrücklich untersagt. Früher wurde dies ausnahmslos bejaht (96). Auch für das geltende Wehrrecht wird diese Auffassung vertreten (97). Die Gründe, die Hirschmann gegen diese Auffassung nennt (98), sind überzeugend, denn wenn der Vorgesetzte ein gesetzliches Verbot in einem Befehl wörtlich wiederholt, so werden dafür stets besondere militärische Interessen sprechen, so daß es gerechtfertigt ist, das Nichtbefolgen des Verbotes als Verstoß gegen die entsprechende Gesetzesvorschrift wie auch als militärischen Ungehorsam zu ahnden. Dies setzt jedoch voraus, daß ein derartiger Befehl auch verbindlich ist.

Zum Schluß sei angemerkt, daß Fälle scheinbarer unverbindlicher Befehle, die aber doch verbindlich sind, durchaus eines Tages als unverbindliche Befehle anerkannt werden könnten. Gerade hier ist die Entwicklung neuer Unverbindlichkeitsgründe denkbar.

---

94) JESCHECK, Bw und Recht, S.81.

95) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.24 und SCHREIBER NZWehrR 1965,1(8). Die Strafbestimmung des § 31 WStG betrifft nur die entwürdigende Behandlung von Soldaten.

96) Eine kurze Darstellung gibt HIRSCHMANN S.135f.

97) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.186, RITTAU, WStG, § 19 Anm. 3, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(92).

98) HIRSCHMANN S.137f.

2.Teil: DIE ANGEBLICHE VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES § 22 ABS.3 WStG

Stellt man die Frage, wie der Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls im Rahmen der Insubordinationsdelikte strafrechtlich zu behandeln ist, so steht im Vordergrund die Frage, ob die gesetzliche Regelung überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist. Dieser Problematik wollen wir uns deshalb zunächst zuwenden.

A. Der strafrechtliche Schuldgrundsatz und § 22 Abs.3 WStG

I. Die Problemstellung und deren praktische Bedeutung

Die in § 22 WStG enthaltene Irrtumsregelung entspricht im wesentlichen der früheren Rechtsprechung zum militärischen Ungehorsam (1). Eine entsprechende Vorschrift hatte das frühere MStGB (2) zwar nicht enthalten, aber die Rechtsprechung hatte diese Grundsätze im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt. Deshalb sollten sie nunmehr in dem neuen WStG gesetzlich verankert werden.

Der Gesetzgeber hatte dabei durchaus erkannt, daß die Regelung in § 22 WStG mit der neueren Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum nicht im Einklang stand. In seiner grundlegenden Entscheidung zum Verbotsirrtum hatte der BGH (3) ausgeführt, daß Strafbarkeit Schuld voraussetze. Wenn jedoch Schuld Vorwerfbarkeit bedeute, könne ein solcher Schuldvorwurf gegenüber dem Täter dann nicht erhoben werden, wenn für ihn der Irrtum über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens unüberwindlich, also unvermeidbar gewesen ist (4). In diesem Falle müsse der Täter straflos bleiben, also freigesprochen werden.

---

1) Dazu ARNDT GA 1957,47(48).

2) Über die Geschichte des deutschen Militärstrafrechts gibt ARNDT (Grundriß S.20ff.) einen kurzen Überblick (vgl. auch MÜLLER Wehrkunde 1960,570); die Entstehungsgeschichte des WStG schildert ausführlich DREHER in JZ 1957,393.

3) BGH 2,194ff.

4) A.a.O. S.201.

Der Gesetzgeber glaubte, diese Grundsätze der Rechtsprechung nicht allgemein in das Wehrstrafgesetz auch für den Fall übernehmen zu können, daß sich der Untergebene über die Verbindlichkeit des erteilten Befehls irrt. Nach seiner Ansicht erfordere die Sorge um die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin eine anderweitige Regelung(5).

Kurz nach dem Inkrafttreten des Wehrstrafgesetzes (6) hat dann SCHLOSSER in seinem Aufsatz "Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Irrtumsregelung in § 22 des Wehrstrafgesetzes" (7) die Auffassung vertreten, daß § 22 Abs.3 WStG wegen Verstoßes gegen das Schuldprinzip verfassungswidrig und damit nichtig sei (8). Dies würde bedeuten, daß § 22 Abs.3 WStG nicht angewendet werden dürfte. Somit gäbe es im Wehrstrafgesetz - außer für den Sonderfall in § 22 Abs.2 WStG - keine spezielle (gültige) Regelung für den Fall, daß sich der Untergebene über die Verbindlichkeit eines Befehls im Irrtum befindet und deshalb glaubt, den Gehorsam verweigern zu dürfen. Folglich müßten gemäß § 3 Abs.1 WStG die Regeln des allgemeinen Strafrechts über die Behandlung eines Verbotsirrtums Anwendung finden (9). Anders als nach der jetzigen Fassung des § 22 Abs.3 WStG könnte dann derjenige Soldat in jedem Fall

---

5) So ausdrücklich die Amtl.Begr.WStG S.31 und v.MERKATZ, Mdl.Begr.WStG, S.10852(B).

6) Am 1.Mai 1957.

7) In: JZ 1958,526ff.

8) Diesen Standpunkt hat SCHLOSSER dann später in seiner Dissertation "Der Grundsatz 'Keine Strafe ohne Schuld' als Verfassungsnorm" auf S.149ff. wiederholt.

9) War der Irrtum vermeidbar, könnte die Strafe nach h.M. analog §§ 51 Abs.2, 44 StGB gemildert werden. Da nach § 22 Abs. 2 WStG eine solche Strafmilderung gerade nicht zulässig sein soll (vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10), entstände somit insoweit eine Ungereimtheit, weil nach der Intention des Gesetzgebers mit der Regelung des § 22 Abs.2 WStG die psychische Zwangslage des Untergebenen zu einer Besserstellung führen sollte (vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.8). Ob die jetzigen Irrtumsfälle des § 22 Abs.3 WStG dann möglicherweise - falls sich die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift tatsächlich ergeben sollte - analog § 22 Abs.2 WStG behandelt werden könnten (wie offenbar SCHWAIGER, Dissertation, S.234 in Anm.87 meint), erscheint im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot zuungunsten des Täters recht zweifelhaft.

nicht bestraft werden, für den der Irrtum unvermeidbar gewesen ist (10).

Für die Frage, wie sich ein Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls auf die Strafbarkeit des Untergebenen bei den Ungehorsamsdelikten auswirkt, ist demnach entscheidend, ob § 22 Abs.3 WStG tatsächlich als verfassungswidrig angesehen werden muß oder nicht.

II. Überblick über den Stand der bisherigen Auseinandersetzung

1) Wie schon erwähnt hat sich hauptsächlich SCHLOSSER mit der Verfassungsmäßigkeit der in § 22 Abs.3 WStG enthaltenen Regelung beschäftigt und diese verneint (11). Wenn nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 22 Abs.3 WStG selbst dann bestraft werden soll, wenn der Irrtum dem Untergebenen nicht vorgeworfen werden könne, dann sei der verfassungsrechtliche Grundsatz "nulla poena sine culpa" verletzt, der auch den Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen binde. Die zur Rechtfertigung herangezogenen militärischen Notwendigkeiten könnten an der Verfassungswidrigkeit nichts ändern (12). Daß durchaus auch eine andere Regelung denkbar wäre, werde durch die Schweiz bewiesen (13).

Mit Nachdruck und insoweit ähnlichen Argumenten hat sich STREE dieser Auffassung angeschlossen (14).

Unter Berufung auf SCHLOSSER ist nunmehr auch SCHWAIGER(15)

---

10) So jetzt ausdrücklich § 17 Satz 1 StGB AT 73.

11) SCHLOSSER JZ 1958,526ff. und Dissertation, S.149ff.

12) So insbes. JZ 1958,526(529) und Dissertation S.151f.

13) Vgl. dazu Dissertation S.151ff.

14) STREE, Deliktsfolgen, hauptsächlich auf S.53 in Anm.169 (ebenso auf S.4 in Anm.17 und S.8 in Anm.15); er verneint insbesondere deshalb ein Erfordernis für eine Durchbrechung des Schuldgrundsatzes, weil die seltenen Ausnahmsfälle eines tatsächlich unvermeidbaren Irrtums ebenso straflos bleiben könnten.

15) SCHWAIGER, Dissertation, S.224ff.; er bejaht die Verfassungswidrigkeit wegen Mißachtung des Schuldprinzips (S.225), weil hier eine Durchbrechung nicht möglich sei (S.228f.). Vgl. jedoch NZWehrR 1961,11(14), wo er scheinbar noch anderer Auffassung gewesen ist.

der gleichen Ansicht. Weiterhin bejahen ZIPPELIUS (16) und DÜRIG (17) die Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG.

2) Die Ansicht von SCHLOSSER hat sich im Schrifttum jedoch nicht als einhellige Meinung durchgesetzt. Teilweise wird sie ausdrücklich als unrichtig zurückgewiesen, teilweise geht man auch stillschweigend über sie hinweg.

a) Ausdrücklich hat sich RITTAU in seinem Aufsatz "Soldat und Grundgesetz" (18) gegen die Ausführungen von SCHLOSSER gewandt und versucht, dessen Argumentation im einzelnen zu widerlegen (19). Im Ergebnis gelangt RITTAU zu der Auffassung, daß mit der Regelung des § 22 Abs.3 WStG der Schuldgrundsatz nicht verletzt sei, da jeder Ungehorsam "von vornherein ein strafrechtliches Verschulden darstelle" (20).

Weiterhin ist hier JESCHECK zu nennen (21). Auch er sieht die Regelung des § 22 Abs.3 WStG im Zusammenhang mit dem Grundsatz "nulla poena sine culpa", ohne jedoch zu der Annahme der Verfassungswidrigkeit zugelangen. Vielmehr führt er dazu aus, daß zwar in der Regelung des § 22 Abs.3 WStG "eine bedeutsame Ausnahme vom Schuldprinzip (liegt), die aber berechtigt erscheint, da die Gehorsamsverweige-

---

16) ZIPPELIUS in Bonner Kommentar Art.1 Rdnr.13 (a.E.): "Verfassungsrechtliche Bedenken .... wegen ungenügender Berücksichtigung des Verschuldensprinzips".

17) DÜRIG in: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.1 Rdnr.32 in Anm.4 (S.16): "Sehr bedenklich daher § 22 III Wehrstrafgesetz, wo keine Möglichkeit besteht, bei nicht vorwerfbarer Befehlsverweigerung auch von Strafe ganz abzusehen".

18) In: Wehrw.Rdsch. 1961,125ff.

19) Dabei kam es RITTAU insoweit zustatten, daß SCHLOSSER in JZ 1958,526ff. versucht hatte, den Grundsatz "nulla poena sine culpa" selbständig aus einzelnen Grundrechten und Verfassungsartikeln herauszuinterpretieren. Dieses Vorgehen hat er später ausdrücklich aufgegeben zugunsten einer Gesamtschau von "Leitprinzipien der Verfassung", vgl. Dissertation S.27f.

20) So wörtlich a.a.O. S.129.

21) Vgl. JESCHECK, Bw und Recht, S.63ff. (insbes. S.87f.), wo er sich im Rahmen eines Referats - gehalten auf einer Kommandeurstagung am 14.10.1964 - mit grundlegenden Fragen aus dem Bereich "Befehl und Gehorsam" beschäftigt.

rung auf Grund irrtümlicher Einschätzung der Rechtslage im militärischen Bereich zu große Gefahren für die Schlagkraft der Truppe einschließt" (22).

Neuerdings ist auch HIRSCHMANN in seiner Dissertation kurz auf die Frage eingegangen, inwieweit § 22 Abs.3 WStG im Hinblick auf den Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" zulässig ist (23). Zunächst stellt er fest, daß es sich bei § 22 Abs.3 WStG um eine bedeutsame Ausnahme von dem im Strafrecht geltenden Schuldprinzip handelt. Ausgehend von der Tatsache - unter Berufung auf Arthur KAUFMANN - , daß auch im allgemeinen Strafrecht das reine Schuldprinzip nicht absolut verwirklicht sei, hält er eine solche Regelung, wie sie § 22 Abs.3 WStG vorsieht, auf Grund der militärischen Notwendigkeiten für gerechtfertigt (24). Für entstehende Härtefälle im strafrechtlichen Bereich empfiehlt er die Anwendung des § 153 StPO (25).

KRIEGER (26), SCHIERHOLT (27), LAMMICH (28) und ebenso

---

22) A.a.O. S.88.

23) Vgl. HIRSCHMANN S.202ff.

24) So HIRSCHMANN auf S.204: "Die Durchbrechung des Schuldprinzips durch die Fassung des § 22 Abs.III WStG muß daher aus militärischen Erwägungen als gerechtfertigt angesehen werden.

25) A.a.O. S.204; ebenso RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129) und SCHREIBER, WStG, § 22 Anm.4; allgemein für die Anwendbarkeit des § 153 StPO auch ARNDT, Grundriß, S.34 und v.MITZLAFF Wehrkunde 1959,123; beachte jedoch die Bedenken bei DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.51. Einen rechtsgeschichtlichen Rückblick gibt MÜLLER Wehrkunde 1960,570(572).

26) KRIEGER S.122 in Anm.102: "Während § 22 Abs.3 WStG eine bedeutsame Ausnahme vom Schuldprinzip (zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl.SCHLOSSER JZ 1958,S.526ff.) enthält" und ebenfalls auf S.122: "§ 22 Abs.2, 3 WStG enthält also eine besondere, den militärischen Bedürfnissen angepaßte Regelung des Verbotsirrtums, die es verbietet, allgemein strafrechtliche Grundsätze zum Verbotsirrtum auch nur ergänzend heranzuziehen". Vgl. auch auf S.73.

27) SCHIERHOLT S.92 in Anm.1. Er sieht, daß der Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" tangiert wird, und gibt auch zu bedenken, ob die allgemeine militärische Notwendigkeit des Gehorsams so stark überwiegt, daß das Schuldprinzip eingeschränkt werden soll. Letztlich ist er jedoch der Auffassung, daß der Gesetzgeber zu einer solchen Regelung berechtigt sei.

28) LAMMICH NZWehrR 1970,47(53f.): "Dem Untergebenen ist nämlich das Risiko des Ungehorsams in einer die Grenze der Verfassungskonformität tangierenden Vollkommenheit aufer-

SCHWENCK (29) weisen zwar ausdrücklich auch auf die verfassungsrechtliche Problematik des § 22 Abs.3 WStG hin, ohne jedoch im Ergebnis dann die Verfassungswidrigkeit zu bejahen.

Schließlich ist hier auch noch LERCHE zu nennen. In seiner Abhandlung "Grundrechte der Soldaten" (30) beschäftigt er sich ebenfalls kurz mit der Regelung in § 22 Abs.3 WStG (31). Grundsätzlich ist LERCHE der Auffassung, daß diese Vorschrift nicht wegen eines Verstoßes gegen das Schuldprinzip verfassungswidrig ist (32). Zugleich fügt er jedoch hinzu, daß diese Regelung bei wortgetreuer Anwendung im jeweiligen Einzelfall mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Widerspruch geraten könne (33).

b) Ob SCHRÖDER noch zu denen zu zählen ist, die unter aus-

---

legt worden. Dadurch soll der Untergebene angehalten sein, mit der Nichtausführung eines Befehls vorsichtig zu sein".

29) SCHWENCK in RWStR, Anm. zu Nr.6 zu § 22 WStG: ".... verfassungsrechtlich nicht zweifelsfreien Regelung des § 22 Abs.3 WStG, der mit Rücksicht auf die militärischen Belange und die Besonderheiten von Befehl und Gehorsam selbst bei unverschuldetem Irrtum keine Möglichkeit der Straffreiheit läßt".

30) In: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, 4.Band, 1.Halbband, S.447ff.

31) A.a.O. S.504 in Anm.196: "Die Regelung in § 22 III WStG, wonach u.U. ein Verhalten aus nicht vorwerfbaren Irrtum zu bestrafen ist, könnte bei wortgetreuer Anwendung im Einzelfall ihrerseits mit dem Gedanken der Verhältnismässigkeit in Konflikt kommen (insoweit zutreffend SCHLOSSER, JZ 1958,529; vgl. auch MAUNZ-DÜRIG, GG, 32 zu Art.1 I, Note 4), so daß für d i e s e Fälle § 22 II analog anzuwenden sein wird (vgl. auch DREHER-LACKNER-SCHWALM aaO 13 zu § 22)".

32) Dies folgt logischerweise aus der Formulierung "insoweit zutreffend SCHLOSSER JZ 1958,529", denn sonst hätte diese Bemerkung wenig Sinn, wenn LERCHE alle Ausführungen von SCHLOSSER als richtig ansehen würde.

33) Sicherlich hätte LERCHE deshalb einer Entscheidung des LG Braunschweig in RWStR Nr.6 zu § 22 WStG (mit zust. Anm. von SCHWENCK) zugestimmt, wo in einem Fall bereits § 22 Abs. 2 WStG analog angewendet worden ist, der eigentlich nach § 22 Abs.3 WStG zu entscheiden gewesen wäre, mit der Folge, daß der Angeklagte nicht hätte freigesprochen werden können. Ähnliche Bedenken äußert insoweit auch RUPP, Grundfragen, S.67 in Anm.138.

drücklicher Bezugnahme auf das Schuldprinzip dann doch die Anwendbarkeit des § 22 Abs.3 WStG bejahen oder bereits zu denen, die mehr oder weniger stillschweigend von dessen Verfassungsmäßigkeit ausgehen, weil sie die Gründe des Gesetzgeber für eine derartige Regelung als richtig ansehen, könnte zweifelhaft sein. Darauf kommt es indes nicht an. Feststeht nämlich, daß SCHRÖDER (34) den § 22 Abs.3 WStG als Anomalie im Rahmen eines Schuldstrafrechts bezeichnet hat und dennoch dessen Verfassungswidrigkeit gerade nicht bejaht hat, obwohl er unmittelbar darauf davon spricht (35), daß sich Strafe ohne Schuld schwerlich mit der nach Art.1 Abs.1 GG unantastbaren Menschenwürde vereinbaren lasse (36).

Eine Vielzahl von Autoren hat die Gründe, die der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des § 22 Abs.3 WStG genannt hat, zu ihren eigenen gemacht. Ohne sich überhaupt mit der naheliegenden Frage zu beschäftigen, inwieweit eine derartige Vorschrift im Hinblick auf das Schuldprinzip zulässig ist, gehen sie alle stillschweigend von der verfassungsrechtlichen Gültigkeit aus, so z.B. alle Kommentare zum Wehrstrafgesetz (37). Darüber hinaus müßten hier z.B.

---

34) In: SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. Rdnr.78 vor § 51:"Eine Anomalie stellt lediglich § 22 Abs.3 WStG dar, wo aus Gründen der Staatsraison eine Strafbarkeit angeordnet wird, obwohl der Täter im entschuldbaren Irrtum gehandelt hat".

35) Innerhalb des gleichen Absatzes, nur einige Sätze weiter, vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.78 (a.E.) vor § 51.

36) SCHRÖDER führt als Beleg für diese Aussage auch SCHLOSSER JZ 1958,528 an, obwohl er sich dessen Ausführungen bezüglich der angeblichen Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG gerade nicht angeschlossen hat.

37) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7; v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8; RITTAU, WStG, § 22 Anm.4 (in einem Nachtrag (1961) verweist er lediglich auf seinen Aufsatz in Wehrw. Rdsch.1961,125); KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.4 (wörtlich übereinstimmend in Wehrstrafrecht § 22 Anm.4); SCHÄFER in DALCKE § 22 Anm.2; SCHREIBER, WStG, § 22. Hierbei gilt es besonders zu beachten, daß es sich bei den drei letzten Kommentaren um zeitlich spätere Kommentierungen handelt, die also veröffentlicht wurden, als die verfassungsrechtliche Problematik des § 22 Abs.3 WStG bereits im Schrifttum erörtert worden ist. Dies gilt auch für die in den folgenden Anmerkungen (38-41) genannten Autoren.

auch ARNDT (38), SCHIRMER (39), HAHNENFELD (40), METZNER (41) und insbesondere DREHER (42) und v.MITZLAFF (43) angeführt werden. Ähnliches gilt auch für die Rechtsprechung (44).

Schließlich muß hier auch noch OEHLER (45) erwähnt werden, der selbst die jetzige Regelung im Wehrstrafgesetz für ungenügend hält und darin eine große Gefahr für die Aufrechterhaltung der Disziplin und damit für die Schlagkraft der Bundeswehr sieht. OEHLER will am liebsten überhaupt keinen Irrtumsfall unbestraft lassen (46).

III. Voraussetzungen für eine eventuelle Verfassungswidrigkeit

Im Hinblick auf die - abgesehen von SCHLOSSER - spärlichen Äußerungen zu dieser Frage, ist es angezeigt, diese Problematik noch einmal grundlegend zu durchdenken. § 22 Abs.3 WStG könnte nur dann als verfassungswidrig angesehen werden, wenn der Gesetzgeber mit seiner Regelung tatsächlich

---

38) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.193 und NZWehrR 1960,145(153), wo er auch ein anschauliches Beispiel nennt.

39) Vgl. SCHIRMER, Befehl und Gehorsam, S.92.

40) Vgl. HAHNENFELD, SG, S.94 und ebenso in Wehrverfassungsrecht, S.50.

41) Vgl. METZNER Wehrkunde 1959,487(491 und insbes. S. 492).

42) Vgl. DREHER JZ 1957,393(396); auf S.394 bezeichnet er dennoch das WStG als ein modernes Schuldstrafrecht, vgl. auch die Bemerkung auf S.395.

43) v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(89): "Die getroffene Regelung kann dem Soldaten zugemutet werden und ist auch vom Standpunkt der Allgemeinheit und der Rechtsordnung nicht zu beanstanden".

44) Eindeutig BDH NZWehrR 1960,126f., unklar dagegen OLG Celle NZWehrR 1963,127(128f.).

45) Vgl. OEHLER JuS 1963,301(306).

46) Wörtlich führt OEHLER a.a.O. dazu aus: "Das Risiko des nicht vorwerfbaren Irrtums des Soldaten über die Unverbindlichkeit des Befehls trifft den Staat und nicht den Soldaten. Vor allem wenn der Soldat irrtümlich ein Verbrechen oder Vergehen annimmt, wird er sogar straffrei gestellt, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist....Der Schutz des Volkes durch die Schlagkraft der Bundeswehr ist höher einzuschätzen als die Straffreiheit des irrenden Soldaten". Auch ARNDT (GA 1957,46(52)) will im Grunde weitere Irrtumsfälle bestraft wissen.

in so erheblicher Weise gegen einen Verfassungsgrundsatz "nulla poena sine culpa" verstoßen hätte, daß eine solche Vorschrift nur nichtig sein könnte.

Dies setzt zunächst einmal voraus, daß mit der Regelung in § 22 Abs.3 WStG tatsächlich der Schuldgrundsatz berührt wird; also Strafe ohne Schuld möglich ist. Weiterhin müßte feststehen, daß es sich bei dem Satz "nulla poena sine culpa" um einen im Verfassungsrecht verankerten Grundsatz handelt, denn nur dann könnte § 22 Abs.3 WStG daran gemessen werden. Desweiteren müßte geprüft werden, ob dieser Verfassungsgrundsatz dahin gehend zu interpretieren ist, daß grundsätzlich auch der unvermeidbare Verbotsirrtum vom Gesetzgeber als Schuldausschließungsgrund anerkannt werden muß. Die nächste Frage wäre dann, ob dieser Grundsatz absolut verwirklicht werden muß oder ob Ausnahmen erlaubt sind und unter welchen Voraussetzungen dann eine Durchbrechung zulässig wäre. Schließlich müßte gefragt werden, ob dieser Grundsatz hier im speziellen Fall durchbrochen werden darf. Möglicherweise könnte dies nur unter gewissen Einschränkungen zulässig sein, weil insoweit noch verfassungsrechtliche Bedenken anderer Art bestehenbleiben. Um auch diese beseitigen zu können, wäre an eine "verfassungskonforme Auslegung"zu denken. Erst dann, wenn auch dies nicht möglich sein sollte, könnte die Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG endgültig bejaht werden. Diesen Fragen soll im folgenden nachgegangen werden.

IV. Der § 22 Abs.3 WStG als Ausnahme vom Schuldprinzip

1) Um die Frage klären zu können, ob § 22 Abs.3 WStG tatsächlich mit dem im Strafrecht geltenden Schuldgrundsatz (47) in der Weise kollidiert, daß hier Strafe ohne strafrechtlich relevante Schuld verhängt werden kann, ist es angebracht, sich den Regelungsgehalt dieser Vorschrift kurz noch einmal zu vergegenwärtigen.

In seinem Absatz 3 bestimmt § 22 WStG, daß die in den §§ 19-21 WStG angedrohte Strafe für denjenigen Untergebenen,

47) Vgl. statt vieler JESCHECK, Lehrbuch, § 3 I (S.13) mit weiteren Nachweisen in Anm.4.

der irrigerweise annimmt, ein Befehl sei aus anderen, als den in Abs.2 genannten Gründen nicht verbindlich (48), "nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden (kann), wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist".

Daraus folgt als Umkehrschluß, daß der Untergebene in jedem Fall dann bestraft werden soll, wenn er sich in vermeidbarer Weise geirrt hat, wenn ihm also sein Irrtum vorgeworfen werden kann (49). Der Untergebene soll jedoch selbst dann bestraft werden, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist. Dies ergibt sich daraus, daß § 22 Abs.3 WStG lediglich eine fakultative Strafmilderung vorsieht; also nicht die Möglichkeit zuläßt, von einer Bestrafung ganz abzusehen. Mit anderen Worten lautet daher § 22 Abs.3 WStG sinngemäß: "Selbst wenn Dir Dein Irrtum nicht vorgeworfen werden kann, wirst Du dennoch bestraft" (50).

2) Wenn demnach der Gesetzgeber selbst bei einem nicht vorwerfbaren Irrtum - d.h. dem Untergebenen kann keinerlei Vorwurf im Hinblick darauf gemacht werden, daß er sich für berechtigt hielt, den Befehl nicht auszuführen - ausdrücklich anordnet, daß der Betreffende dennoch bestraft werden soll, so liegt es nahe, daß hier der "unantastbare Grundsatz (51) des Strafrechts "Keine Strafe ohne Schuld" möglicherweise doch "angetastet" worden ist.

Daß es sich bei den im Wehrstrafgesetz angedrohten Sanktionen (52) um Strafen in diesem Sinne handelt, bedarf keiner näheren Begründung. Eine Verletzung des Schuldgrund-

---

48) Z.B. wegen Verletzung der Menschenwürde oder wegen fehlenden dienstlichen Zweckes; vgl. § 22 Abs.1 Satz 1 WStG.

49) Dagegen bestehen insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip, solange die für eine solche Regelung hier zugrundegelegte Schuldtheorie nicht ihrerseits eines Tages als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen werden würde. Vgl. zu dieser Frage SCHLOSSER, Dissertation, S.146f. in Anm.545. Bedenken äußert bereits LANG-HINRICHSEN ZStW 73(1961),210(230ff.).

50) So ähnlich SCHLOSSER JZ 1958,526(527).

51) So BGH 2,194(202).

52) Vgl. § 8 WStG.

satzes könnte demnach nur deshalb zweifelhaft sein, weil es fraglich sein könnte, ob hier tatsächlich o h n e Schuld bestraft werden soll.

Um diese Frage zu klären, ist es erforderlich, sich zunächst darüber klarzuwerden, was in diesem Zusammenhang unter Schuld zu verstehen ist. Dazu wird es jedoch nicht nötig sein, den strafrechtlichen Schuldbegriff bis hin zu seinen letzten Feinheiten zu verfolgen (53). Dieses Unterfangen müßte im Rahmen dieser Arbeit auch zum Scheitern verurteilt sein, denn der Begriff der strafrechtlichen Schuld dürfte wohl der umstrittenste der heutigen Strafrechtsdogmatik sein (54). Vielmehr genügt es für unsere Zwecke - also unabhängig von solchen Fragen wie z.B. die, ob es sich dabei um rechtliche oder auch sittliche Schuld handelt (55) oder wieviel Schuldelemente es gibt (56) - , sich lediglich im Grundsätzlichen Klarheit über das W e s e n der Schuld zu verschaffen (57). Was darunter zu verstehen ist, darüber herrscht in der Strafrechtswissenschaft trotz aller Unterschiede auch in großen Zügen Einigkeit (58).

Schlagwortartig wird Schuld allgemein als Vorwerfbarkeit bezeichnet (59).

---

53) Ebenso SCHLOSSER, Dissertation, S.23ff.(insbes. S.25).

54) So BAUMANN, Lehrbuch, § 24 I (S.355).

55) Vgl. einerseits MAURACH, Lehrbuch AT, § 35 II (S.410ff.) sowie JESCHECK, Lehrbuch, § 38 I (S.274) und andererseits KAUFMANN, Schuldprinzip, S.128.

56) Vgl. z.B. MEZGER-BLEI, StuBu AT, § 51 (S.163f.) mit JESCHECK, Lehrbuch, § 39 IV (S.283).

57) Übereinstimmend SCHLOSSER, Dissertation, S.25.

58) So MAURACH, Lehrbuch AT, § 30 I (S.359).

59) Vgl. BAUMANN, Lehrbuch, § 23 III 1 (S.346), DREHER, StGB, Anm. B IV vor § 1 (S.20), JESCHECK, Lehrbuch, vor § 37 (S.266),KOFFKA in LK § 13 Rdnr.6, LACKNER-MAASSEN Anm. II 4 vor § 1 (S.10), MAURACH, Lehrbuch AT, § 30 I (S.359), MEZGER-BLEI, StuBu AT, § 48 (S.156), SCHWALM JZ 1970,487 (488), STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.192(a.E.), WELZEL, Lehrbuch, § 19 II (S.139), WESSELS § 8 I 1 (S.57); ebenso BGH 2,194(200) und BVerfG 20,323(331); anders z.T. SCHMIDHÄUSER 6/14 (S.117) und HARDWIG MSchrKrim 42(1959),1(14); vgl. auch KAUFMANN, Schuldprinzip, S.174.
Zum Teil wird gegen eine solche schlagwortartige Formulie-

Was wird nun dem einzelnen Täter vorgeworfen ? Einmal, daß sein Verhalten (Tun oder Unterlassen) nicht im Einklang mit der Rechtsordnung gestanden hat, daß er also etwas rechtlich zu Mißbilligendes, etwas Wertwidriges, also Unrecht verwirklicht hat (60). Und zwar handelt es sich dabei um einen Vorwurf, der gegenüber dem betreffenden Täter persönlich erhoben wird wegen dessen fehlerhafter Einstellung zu den Gebotsnormen des Rechts (61). Dies setzt jedoch voraus- und nur deswegen trifft ihn der Vorwurf auch persönlich - , daß der Täter grundsätzlich in der Lage gewesen wäre, gemäß der Rechtsordnung zu handeln, also die entsprechende Fähigkeit besaß, sich der Motivationsfunktion der Gebotsnormen zu unterwerfen, sich also zu einem rechtmäßigen Verhalten entschließen konnte. Darum und ganz allein deshalb wird dem Täter sein Verhalten zum Vorwurf gemacht, weil man von ihm unter diesen Umständen und in dieser Situation ein anderes, nämlich ein den Gebotsnormen gemäßes Verhalten erwarten durfte (62). Hierfür, also für seine mangelhafte Willensbildung (63) trotz vorhandener anderer Möglichkeit, soll er verantwortlich gemacht werden, weil er anders hätte handeln sollen und dazu auch in der Lage gewesen wäre, nur eben im entscheidenden Moment nicht wollte.

Strafrechtliche Schuld ist demnach das subjektive Einstehenmüssen auf Grund eines Anders-Handeln-Könnens für ein objektiv zu mißbilligendes Verhalten, welches die Grundlage für eine Bestrafung bildet.

---

rung der Vorwurf erhoben, sie sei eine Tautologie (vgl. ROSENFELD ZStW 32(1911),467; ähnlich SCHLOSSER, Dissertation, S.23 in Anm.86 m.w.N.; vgl. auch SALM S.176). Das Schlagwort "Vorwerfbarkeit" muß jedoch seinerseits wiederum mit Inhalt gefüllt werden. Zum Ganzen vgl. KAUFMANN, Schuldprinzip, S.177ff.

60) MAURACH, Lehrbuch AT, § 35 II (S.410).

61) SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbm. Rdnr.79 vor § 51, WELZEL, Lehrbuch, § 19 I (S.138).

62) JESCHECK, Lehrbuch, § 39 II 1 (S.281), STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.193, WELZEL, Lehrbuch, § 19 I (S.138), WESSELS § 8 I 3 (S.58f.), LACKNER-MAASSEN Anm. II 4 vor § 1.

63) WELZEL, Lehrbuch, § 19 II (S.139), JESCHECK, Lehrbuch, vor § 37 (S.266), MEZGER-BLEI, StuBu AT, § 48 (S.158).

3) Nun hat RITTAU (64) die Behauptung aufgestellt, daß ein Untergebener, der selbst in nicht vorwerfbarer Weise über die Verbindlichkeit eines Befehls irrt und dessen Ausführung daraufhin verweigert, dennoch in dem soeben angedeuteten Sinne "schuldhaft" handelt.

Bei seinen Überlegungen geht RITTAU von der grundsätzlichen Gehorsamspflicht des Soldaten gem. § 11 Abs.1 Satz 1 SG aus. Wenn demnach der Untergebene grundsätzlich jedem Befehl seiner Vorgesetzten zu gehorchen habe, dann stellt nach seiner Auffassung jedes Nichtbeachten eines Befehls "von vornherein ein strafrechtliches Verschulden dar und nur ganz ausnahmsweise kann ein Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls als Schuldausschließungsgrund anerkannt werden, weil anderenfalls die Aufrechterhaltung der Manneszucht nicht gewährleistet wäre"(65).

Ein solcher genereller Schuldvorwurf wäre nur bei einem ganz bestimmten Unrechtsgehalt der Ungehorsamsdelikte zulässig (66). Dies ergibt sich aus der Forderung, daß Unrecht und Schuld sich decken müssen, sog. Kongruenz von Unrecht und Schuld (67).

---

64) In: Wehrw.Rdsch. 1961,125(129).

65) RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129).

66) Zwei Möglichkeiten sind an und für sich denkbar, eine gesetzliche Vorschrift, die dem Verdacht ausgesetzt ist, gegen das Schuldprinzip zu verstoßen, durch eine entsprechende Interpretation in Übereinstimmung mit dem Schuldprinzip zu bringen. Einmal dadurch, daß das Tatunrecht so aufgefaßt wird, daß es der inneren Tatseite des betreffenden Täters entspricht, also dadurch, daß von dem vorhandenen oder erforderlichen Umfang der Schuld der Umfang des Unrechts und damit der spezifische Unrechtsgehalt des Delikts bestimmt wird. Der andere Weg wäre der, für diesen Fall einen besonderen modifizierten Schuldbegriff zu bilden. Vgl. hierzu KAUFMANN, Schuld und Strafe, S.272 (speziell für § 330a StGB). RITTAU's Argumentation kann nur im Sinne der ersten Möglichkeit gedeutet werden. Im folgenden soll jedoch auch noch untersucht werden, ob hier nicht möglicherweise auf dem zweiten Wege eine Übereinstimmung des § 22 Abs.3 WStG mit dem Schuldprinzip erzielt werden kann.

67) So die h.M.; vgl. BAUMANN JZ 1962,41(43), HRUSCHKA JuS 1968, 554(558), KAUFMANN, Schuld und Strafe, S.268f., SAX, Grundrechte, S.953, SCHLOSSER, Dissertation, S.103, VOLZ S.5, WESSELS § 8 I 2 (S.58), ebenso BGH 10,35(38); 16,124(125).

Wenn ein Untergebener die Ausführung eines Befehls infolge irriger Annahme seiner Unverbindlichkeit verweigert, dann weiß er, daß er einen Befehl - nämlich eine entsprechende Anweisung seines Vorgesetzten mit Anspruch auf Gehorsam - nicht befolgt. Wenn dies schon ausreichen soll, um stets einen strafrechtlich relevanten Vorwurf gegenüber dem Untergebenen zu begründen - ohne daß es für die Schuld auf die Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums ankäme - , dann müßte grundsätzlich jedes Nichtbefolgen eines Befehls als ein wertwidriges Verhalten verstanden werden. Argumentieren müßte man dann in der Weise, daß der Soldat gem. § 11 Abs.1 Satz 1 SG seinen Vorgesetzten zu gehorchen habe, so daß der Untergebene, wenn er einen Befehl nicht ausführt, seine Verpflichtung aus § 11 Abs.1 Satz 1 SG verletzt und damit etwas "Verbotenes" tut. Die Regelung in den §§ 11 Abs.1 Satz 3 SG und 22 Abs.1 WStG könnte dann nur als eine Art von Strafeinschränkungsgründen begriffen werden.

RITTAU's Auffassung wäre dann zutreffend, wenn sich die Verbindlichkeit eines Befehls als eine Art von objektiver Strafbarkeitsbedingung auffassen ließe (68). Dann wäre es nicht erforderlich, daß sich die Schuld des Täters auch hierauf erstrecken müßte, ein Irrtum über die Verbindlich-

---

68) Auf diese Konsequenz seiner Auffassung geht RITTAU nicht ausdrücklich ein (vgl. jedoch WStG, § 2 Anm.2c, wo RITTAU dagegen ganz klar sagt: "Die Verbindlichkeit ist auch keine Bedingung der Strafbarkeit wegen Ungehorsams"). Eine solche Interpretation der §§ 11 Abs.1 Satz 3 SG und § 22 Abs.1 WStG dürfte jedoch infolge ihres Wortlautes ("Ungehorsam liegt nicht vor, wenn...." bzw. "In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn....") auf erhebliche dogmatische Bedenken stoßen. Dennoch spricht z.B. SCHÄFER in DALCKE in Anm.2 zu § 22 davon, daß die Rechtslage insofern die gleiche wie bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen sei, insbesondere wie beim Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, die bekanntlich von der h.M. als objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des § 113 a.F. StGB aufgefaßt worden ist, vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 113 Rdnr.1.
Ganz klar spricht dagegen SCHERER, SG, § 11 Anm.II 4 von einer objektiven Strafbarkeitsbedingung, ebenso v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(89).
Nicht ganz klar SCHNORR (JuS 1963,293(299)): "Der Tatbestand des Ungehorsams bestimmt sich ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten. Die - auch unverschuldete - irrige Annahme des Rechts zur Befehlsverweigerung befreit nicht von der Verantwortung.

keit des Befehls wäre für die Schuldfrage unerheblich (69). Voraussetzung dafür wäre jedoch, daß der spezifische Unrechtsgehalt der Ungehorsamsdelikte lediglich darin gesehen würde, daß sich der Soldat überhaupt gegen einen Befehl auflehnt, ohne daß es darauf ankäme, ob es sich hierbei um einen verbindlichen oder unverbindlichen Befehl handelt (70). Nur in diesem Fall würden sich Unrecht und Schuld entsprechen. Müßte jedoch dagegen das Unrecht der Insubordinationsdelikte darin gefunden werden, daß der Untergebene gerade einem verbindlichen Befehl den Gehorsam verweigert, dann wäre eine Kongruenz von Schuld und Unrecht nicht gegeben, wenn die Vorstellung des Untergebenen über die Verbindlichkeit des Befehls stets unerheblich wäre(71). Dann würde dem spezifischen Unrechtsgehalt - nämlich Verweigerung eines verbindlichen Befehls - bei einem unvermeidbaren Irrtum über die Verbindlichkeit keine entsprechende Tatseite bei dem irrenden Soldaten gegenüberstehen (72).

Der Regierungsentwurf zu einem Wehrstrafgesetz hatte die Verbindlichkeit des Befehls als objektive Strafbarkeitsbedingung vorgesehen (73). Dagegen erhob der Rechtsausschuß des Bundestages Bedenken mit der Begründung, daß es sich hierbei um ein unrechtsbegründendes Merkmal handele, das nicht lediglich objektive Strafbarkeitsbedingung sein könne (74). Deshalb erhielt § 22 WStG auch insoweit einen an-

---

69) So die ganz h.M.; vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.101 vor § 51 und BOCKELMANN, Ndschr. Bd.5,S.84; ebenso GALLAS, Ndschr. Bd.5,S.110, KAUFMANN, Schuldprinzip, S.251(m.w.N.).

70) Dazu überzeugend GALLAS in Ndschr. Bd.5,S.109f.; vgl. auch v.RICHTHOFEN § 22 Anm.1.

71) Vgl. auch GALLAS Ndschr. Bd.5,S.110.

72) Ähnliche Überlegungen wurden im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Rahmen des § 113 a.F. StGB angestellt; vgl. z.B. SCHLOSSER, Dissertation, S.118ff.; ebenso BOCKELMANN, Ndschr. Bd.5,S.87, der ausdrücklich eine Parallele zieht zwischen den Ungehorsamsdelikten und dem § 113 a.F. StGB; vgl. auch GALLAS, Ndschr. Bd.5,S.109f. und DREHER NJW 1970,1153(1154).

73) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31, näher dazu ARNDT, Grundriß, S.80.

74) Vgl. Bericht HAASLER S.7 (zu § 22).

deren Wortlaut (75).

Nun mag es Situationen geben - besonders im Krieg (76) -, wo es für alle Beteiligten wichtiger und unter Umständen lebensrettend sein kann, daß überhaupt e t w a s befohlen wird, wobei es gleichgültig sein kann, ob es sich hierbei um einen verbindlichen oder unverbindlichen Befehl handelt. Eine Befehlsverweigerung könnte dann möglicherweise verheerende Folgen haben (77), die somit allein deshalb bereits als etwas zu Mißbilligendes angesehen werden könnte, und damit als Unrecht zu qualifizieren wäre. Andererseits läßt sich die Tatsache nicht leugnen, daß es Befehle geben kann, die berechtigterweise von den Soldaten nicht befolgt werden dürfen (78). Dann kann aber nicht jede Befehlsverweigerung ohne jegliche Unterscheidung Unrecht sein, wenn der Untergebene in bestimmten Fällen sogar verpflichtet ist, den Befehl nicht auszuführen. Sonst entstände auch die paradoxe Situation, daß zwar eine bestimmte Verhaltensweise kraft Gesetzes verlangt wird, das gleiche Verhalten aber auf der anderen Seite gleichzeitig als rechtswidrig angesehen werden müßte. Somit kann es gar nicht anders sein, als daß der Verbindlichkeit eines Befehls unrechtsbegründende Wirkung zukommt (79). Erst die

---

75) Vgl. die Gegenüberstellung in Bundestags-Drucksache II/3295 S.10.

76) Man denke z.B. an den Fall, daß infolge einer starken Feindeinwirkung während des Kampfes eine Truppe auseinanderzubrechen droht.

77) Ähnlich STRATENWERTH, Gehorsam, S.163.

78) Das sind z.B. die Befehle, deren Ausführung ein Verbrechen beinhalten würde, vgl. § 11 Abs.2 Satz 1 SG. Vgl. hierzu auch SCHERER, SG, § 11 Anm.III (S.70f.) und RITTAU, SG, § 11 Anm.4; SCHWAIGER bringt hierfür ein markantes Beispiel (vgl. Dissertation S.221).

79) Ein Gedanke wäre in diesem Zusammenhang noch erwägenswert, nämlich zu unterscheiden zwischen Befehlen, die der Untergebene nicht befolgen d a r f , und Befehlen, die der Untergebene nicht zu befolgen b r a u c h t. Daß man im ersten Fall sicherlich nicht sagen kann, der Untergebene habe überhaupt etwas Wertwidriges getan, also strafwürdiges Unrecht verwirklicht, wenn er gesetzlich (vgl. § 11 Abs.2 Satz 1 SG) sogar verpflichtet ist, so zu handeln, liegt auf der Hand. Aber auch im zweiten Fall geht es nicht an, zu behaupten, der Untergebene habe etwas Mißbilligendes getan, wenn er nur von einer Möglichkeit Gebrauch macht, wozu er

Auflehnung gegen einen verbindlichen Befehl kann somit den spezifischen Unrechtsgehalt der Insubordination ausmachen (80). Demnach wäre es auch nicht zulässig, die Verbindlichkeit des Befehls als objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen (81), die ihrem Wesen nach unrechtsneutral sind (82). Damit fehlt jedoch der Auffassung von RITTAU, daß jeder Ungehorsam von vornherein ein strafrechtliches Verschulden darstelle, die entsprechende Grundlage (83).

4) Für unsere Frage, ob § 22 Abs.3 WStG nicht doch in irgendeiner Weise mit dem Schuldprinzip in Übereinstimmung zu bringen ist, könnte jedoch der § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG Bedeutung erlangen.

In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber angeordnet, daß die irrige Annahme, der Befehl sei unverbindlich, weil er angeblich die Menschenwürde verletzt oder zu nicht dienstlichen Zwecken erteilt worden ist, und der Untergebene deshalb glaubt, den Befehl nicht befolgen zu müssen, nicht von der Verantwortung befreit. Diese Bestimmung des Soldatengesetzes bezieht sich somit auf die gleichen Irrtumsfälle wie § 22 Abs.3 WStG. Insoweit könnte im Soldatenge-

---

kraft Gesetzes (vgl. § 11 Abs.1 Satz 3 SG) berechtigt ist. Wenn somit in all diesen Fällen überhaupt kein strafwürdiges Unrecht mehr gesehen werden kann (ebenso v.RICHTHOFEN § 22 Anm.1), dann ist es auch nicht zulässig, die Verbindlichkeit des Befehls als objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen, auf die sich der Vorsatz des Soldaten nicht zu beziehen braucht. Zwar liegt bei irriger Annahme der Unverbindlichkeit die Verwirklichung von Unrecht vor, da ein rechtmäßiger Befehl verweigert. Aber subjektiv fehlt es an einer entsprechenden Tatseite beim Untergebenen, was nur bei Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung unbeachtlich wäre.

80) Ebenso v.RICHTHOFEN § 22 Anm.1 (a.E.); ähnlich auch BOCKELMANN, Ndschr. Bd.5,S.87.

81) Ebenso Bericht HAASLER S.7, v.RICHTHOFEN § 22 Anm.1,SCHWAIGER, Dissertation, S.217f. und insbes. S.231ff.; a.A. offentsichtlich SCHERER, SG, § 11 Anm.II 4, möglicherweise auch SCHÄFER in DALCKE § 22 Anm.3.

82) Vgl. SCHLOSSER, Dissertation, S.102 (mit vielen weiteren Nachweisen in Anm.381).

83) Vgl. ARNDT DRiZ 1957,134(136): "Der Regierungsentwurf sah nur eine Bedingung der Strafbarkeit vor, jetzt enthält § 22 einen echten Rechtfertigungsgrund".

setz bereits eine Vorentscheidung gefallen sein, die auch in irgendeiner Art für den strafrechtlichen Bereich von Bedeutung sein könnte. Tatsächlich berief man sich auch im Regierungsentwurf zum Wehrstrafgesetz im Hinblick auf die Regelung der möglichen Irrtumsfälle in § 22 WStG auf diese Vorschrift des Soldatengesetzes (84). Um diese etwas merkwürdige Bestimmung überhaupt verstehen zu können (85), ist es erforderlich, einen kurzen Blick auf ihre Entstehungsgeschichte zu werfen. Nur so wird deutlich, welche Intentionen der Gesetzgeber damit verbunden hat.

Nachdem der Rechtsausschuß des Bundestages die im Soldatengesetz ausdrücklich erwähnten Fälle, wann ein Befehl für den Untergebenen unverbindlich ist und somit dessen Gehorsamspflicht entfällt, im Gegensatz zum Regierungsentwurf beträchtlich erweitert hatte (86), glaubte man offenbar, daß dies eine Vielzahl von entsprechenden Irrtumsfällen zur Folge haben könnte (87), was dann möglicherweise zu einer unerträglichen Straflosigkeit des Untergebenen im Bereich der Ungehorsamsdelikte geführt hätte (88). Um dies in jedem Fall zu vermeiden - und wohl auch als Klarstellung für den Soldaten gedacht - , wurde dem § 11 Abs.1 Satz 3 SG der letzte Halbsatz angefügt, daß die irrige An-

---

84) Amtl.Begr.WStG S.32, desgleichen v.MERKATZ in Mdl.Begr. WStG S.10852(B); zustimmend auch DREHER JZ 1957,393(396) und Ndschr. Bd.13,S.53, RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(128) und WStG, § 22 Anm.4, HIRSCHMANN S.201; kritisch BOCKELMANN, Ndschr. Bd.13,S.59.

85) Bereits bei der Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag führte diese Bestimmung zu Mißverständnissen unter den Abgeordneten, die deshalb Abänderungsanträge stellten. Vgl. einerseits SCHNEIDER und andererseits ERLER in Sitzungsprotokolle des Bundestages (2.Wahlperiode 1953-1957, 132.Sitzung) S.6841(A) bzw. S.6841(C).

86) Der Regierungsentwurf hatte in § 9 unter Berufung auf die Schweiz einen Befehl ausdrücklich nur dann für unverbindlich erklärt, wenn dessen Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen beinhaltet; vgl. Amtl.Begr.SG. S.21. Eine ähnliche Bestimmung wie jetzt in § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG fehlte völlig, vgl. die Gegenüberstellung im Bericht MERTEN S.31f.(vgl.§ 9).

87) Dazu vgl. SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(25f.).

88) So Bericht MERTEN S.6f. (zu § 9).

nahme eines unverbindlichen Befehls nicht von der Verantwortung für den Ungehorsam befreit. Damit glaubte man erreichen zu können, daß der Untergebene trotz seines Irrtums über die Rechtswidrigkeit zur Verantwortung gezogen werkönnte, was in diesem Zusammenhang nichts anderes bedeuten kann, als daß damit die gesetzliche Möglichkeit geschaffen werden sollte, den Ungehorsam des Untergebenen gegenüber einem verbindlichen Befehl stets mit disziplinarrechtlichen oder strafrechtlichen Mitteln ahnden zu können (89).

Wenn dies jedoch die Intentionen des Gesetzgebers gewesen sind, so liegt es nahe, § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG in Beziehung zu § 23 SG zu bringen. Diese Bestimmung des Soldatengesetzes handelt von den Dienstvergehen der Soldaten. Interessanterweise wird nun ein Dienstvergehen in § 23 Abs.1 SG dahingehend definiert, daß ein solches dann vorliegen soll, wenn der Soldat s c h u l d h a f t seine Pflichten verletzt. Eine disziplinarische Bestrafung wegen eines Dienstvergehens soll demnach nur dann möglich sein, wenn eine schuldhafte Pflichtverletzung gegeben ist. Nach herrschender Ansicht entfällt aber auch im Disziplinarrecht jegliche Schuld, wenn sich der Soldat in nicht vorwerfbarer Weise über die Rechtswidrigkeit seines Tuns geirrt hat, also im unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt hat (90). Da nach § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG gerade auch in einem solchen Fall Strafe möglich sein soll (91), scheint dies dem § 23 SG zu widersprechen. Dennoch fehlt jeglicher Hinweis, daß der Gesetzgeber angenommen haben könnte, sich bei der Schaffung dieser Vorschrift mit seiner eigenen Regelung des Dienstvergehen und dessen Bestrafung in § 23 SG in Widerspruch zu setzen. Da der Begriff der Schuld im Strafrecht und Disziplinarrecht der gleiche ist (92), erscheint diese Tatsache für unseren Zusammenhang immerhin recht interessant.

---

89) So wird diese Bestimmung auch durchweg verstanden, vgl. SCHERER, SG, § 11 Anm.II 4 und HAHNENFELD, SG, S.94.

90) Vgl. RITTAU, SG, § 23 Anm.1 II b; KRIEGER S.72.

91) KRIEGER (S.73) bezeichnet dies als gewichtige Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen.

Nunmehr gilt es also zu klären, ob und welche Bedeutung dem Satz in § 11 SG "die irrige Annahme, es handele sich um einen unverbindlichen Befehl, befreit nicht von der Verantwortung" im Wehrstrafrecht zukommen kann. Durch das SG könnte nämlich dem Untergebenen eine Art von spezieller Verpflichtung auferlegt worden sein, die zu einer wirksamen Modifizierung des (allgemeinen) Schuldvorwurfs geführt haben könnte, um damit den Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für den Untergebenen zu erweitern.

Da es sich bei § 11 Abs.1 SG nicht um eine strafrechtliche Vorschrift handelt, könnte es schon aus diesem Grunde zweifelhaft sein, ob sie eine selbständige Bedeutung für den strafrechtlichen Bereich haben kann. Diese Zweifel sind deshalb berechtigt, weil z.B. die in § 11 Abs.2 Satz 2 SG erfolgte Regelung fast gleichlautend in den § 5 Abs.1 WStG übernommen worden ist. Nach § 11 Abs.2 Satz 2 SG soll den Untergebenen, wenn er ein Verbrechen oder Vergehen auf Befehl begeht, nur dann ein Schuldvorwurf treffen, wenn er dies erkannt hat oder wenn dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich gewesen ist (93). Bei fahrlässiger Unkenntnis wird somit entgegen den allgemeinen Grundsätzen ein strafrechtlich relevanter Schuldvorwurf kraft Gesetzes nicht erhoben (94). Insoweit wird der militärische Befehl ausdrücklich als Schuldausschließungsgrund eigener Art anerkannt (95), wodurch der seinem Vorgesetzten gehorchende Soldat erheblich günstiger gestellt wird.

Wäre die Regelung des § 11 Abs.2 Satz 2 SG, wonach das Befolgen eines militärischen Befehls bis auf wenige Ausnahmen den Untergebenen für das begangene Unrecht von der Verantwortung befreit (also ähnlich wie die Regelung in § 11 Abs.1 Satz 3 SG nur mit umgekehrten Vorzeichen !), von vorn-

---

92) So ausdrücklich KRIEGER S.33 (vgl. auch S.63f.); ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.1 (a.E.).

93) Vgl. hierzu ARNDT, Grundriß, S.118, DREHER-LACKNER-SCHWALM § Rdnr.8-11, RITTAU, WStG, § 5 Anm.4.

94) Ebenso ARNDT, Grundriß, S.118.

95) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 5 Rdnr.1.

herein auch für das Strafrecht als Schuldausschließungsgrund beachtlich, dann wäre an und für sich der § 5 Abs.1 WStG überflüssig gewesen. Er hätte keine besondere Funktion, sondern könnte nur als Klarstellung angesehen werden. Daß der Gesetzgeber diese fast wörtliche Wiederholung des § 11 Abs.2 Satz 2 SG in das WStG dennoch aufgenommen hat, könnte Anlaß für die Auffassung sein (96), daß außerstrafrechtlichen Vorschriften im Strafrecht grundsätzlich dann keine Bedeutung zukommt, soweit dadurch allgemeine strafrechtliche Grundsätze modifiziert würden und sie nicht ausdrücklich kraft Gesetzes für den Bereich des eigentlichen Strafrechts übernommen worden sind. Andererseits wird auch in § 6 WStG, der gerade anders als § 5 Abs.1 WStG nicht eine Erweiterung, sondern eine Einschränkung von allgemeinen Schuldausschließungsgründen für den Soldaten zur Folge hat (97), auf außerstrafrechtliche Vorschriften - insbesondere das Soldatengesetz als gesetzlicher Pflichtenkatalog des Soldaten - Bezug genommen (98).

Aber selbst wenn die soeben angedeutete Frage tatsächlich in dem Sinne entschieden werden müßte, daß auch durch außerstrafrechtliche Vorschriften allgemein geltende Grundsätze des Strafrechts modifiziert werden könnten, bliebe zweifelhaft, ob dem § 11 Abs.1 Satz 3 SG auch hier eine solch selbständige Bedeutung zuerkannt werden kann. Dies könnte nur dann der Fall sein, wenn sich die Regelung in § 22 Abs.3 WStG allein durch die in § 11 Abs.1 Satz 3 SG enthaltene Anordnung des Gesetzgebers, daß die irrige Annahme der Unverbindlichkeit nicht von der Verantwortung wegen Ungehorsam befreit, wirksam rechtfertigen ließe. Dann dürfte jedoch § 22 Abs.3 WStG nicht allein die in § 11 Abs.1 Satz 3 SG enthaltene Regelung - lediglich nur mit anderen Worten und in der für das Strafrecht relevanten Sprachweise - wiederholen, sondern § 22 Abs.3 WStG müßte gerade durch das

---

96) Im Hinblick darauf, daß das Strafrecht dem besonderen Schutz durch die Verfassung unterliegt (vgl. insbes. Art. 103 GG), wäre dies nicht von vornherein undenkbar.

97) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 6 Rdnr.1.

98) KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 6 Anm.1.

Vorhandensein des § 11 Abs.1 Satz 3 SG seine Rechtfertigung erfahren.

Voraussetzung dafür wäre, daß durch § 11 Abs.1 Satz 3 SG in wirksamer Weise der Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen erweitert worden wäre. Diese Vorschrift müßte dann als Statuierung einer besonderen soldatischen Pflicht verstanden werden, also als eine Art von spzieller Verpflichtung des Soldaten, sich nicht auf die unvermeidbare irrige Annahme, der Befehl sei unverbindlich gewesen, zu berufen (99), was letztlich die Nichtanerkennung des unvermeidbaren Verbotsirrtums als Schuldausschließungsgrund im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte bedeuten würde.

Daß eine solche Interpretationsmöglichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen ist, beweisen § 5 Abs.1 (bzw. § 11 Abs.2 Satz 2 SG) und § 6 WStG (100), nach denen die strafrechtliche Verantwortlichkeit speziell für den Soldaten gesetzlich eingeschränkt bzw. erweitert worden ist. Dem § 11 Abs.1 Satz 3 SG könnte demnach eine ähnliche Bedeutung wie dem § 6 WStG zukommen. Wenn nach § 6 WStG dem Soldaten in einem erheblich größeren Maße als dem normalen Staatsbürger ein rechtmäßiges Verhalten zugemutet wird, so daß die Unzumutbarkeit nur noch in den seltensten Fällen schuldausschliessende Wirkung haben kann (101) und dadurch auch insoweit allgemein anerkannte, gesetzliche Schuldausschließungsgründe - wie z.B. § 54 StGB - ausgeschlossen bzw. modifiziert werden (102), könnte der § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG die gleiche ausschließende Wirkung in Bezug auf den Schuldausschließungsgrund "unvermeidbarer Verbotsirrtum" des allgemeinen Strafrechts haben. Erwiesen sich

---

99) SCHERER (SG, Anm.II 4 zu § 11) versteht § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG ganz offensichtlich in diesem Sinne. Ebenso RITTAU, WStG, § 22 Anm.4, so ähnlich auch v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(89).

100) Beachte auch § 7 WStG, dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.5.

101) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 6 Rdnr.1.

102) DREHER JZ 1957,393(395), ausführlich dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 6 Rdnr.9-13.

diese Überlegungen als richtig, so könnte die in § 22 Abs.3 WStG erfolgte Irrtumsregelung hiermit gerechtfertigt werden.

Wenn durch § 5 Abs.1 WStG der Untergebene für ein auf Befehl begangenes Verbrechen oder Vergehen in weitem Umfang von der Verantwortung befreit wird, und somit im soldatischen Bereich ein Schuldausschließungsgrund eigener Art anerkannt wird, so ist eine solche Regelung rechtlich ohne weiteres zu lässig, denn der Staat ist nicht verpflichtet in jedem Fall zu bestrafen (103), er kann auf Strafe verzichten. Wenn demnach gegen eine Einschränkung des Vorwerfbaren, also des nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen noch als schuldhaft anzusehenden Verhaltens, keine Bedenken erhoben werden können, so könnten sich solche jedoch dann ergeben, wenn der Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit - wie z.B. durch § 6 WStG - vergrößert wird.

Zwar hat EBERT (104) einmal geschrieben, daß "die Entscheidung darüber, wann Schuld vorliegt und wann nicht, grundsätzlich dem Gesetz (StGB) vorbehalten sein muß". Dieser Satz könnte dazu verführen, Bedenken irgendwelcher Art gar nicht erst aufkommen zu lassen. In dieser Allgemeinheit kann diese Aussage jedoch nicht richtig sein. Vielmehr muß sie so verstanden werden, daß es dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß, zu bestimmen, in welchen Situationen noch ein rechtmäßiges Verhalten verlangt werden kann und ab wann ein entsprechender Schuldvorwurf entfallen soll. Das Strafrecht muß notgedrungen mit Typisierungen und Generalisierungen arbeiten (105). Der Gesetzgeber stellt Durchschnittswerte auf, wann dem Täter ein bestimmtes rechtswidriges Verhalten noch vorgeworfen werden soll. Dabei steht natürlich nicht der individuelle Täter, sondern der standardisierte

---

103) Vgl. MAURACH, Lehrbuch AT, § 10 I A b (S.106) sowie STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.28.

104) In: JuS 1970,400; so ähnlich auch MAURACH, Lehrbuch AT, § 33 II B (S.390).

105) MAURACH, Lehrbuch AT, § 30 I 2 b (S.361), WITTIG JZ 1969, 547, vgl. auch STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.531.

Durchschnittsmensch im Vordergrund. Daher ist es auch gerechtfertigt, von den Soldaten - als einer größeren Gruppe - höhere Anforderungen zu verlangen als von den normalen Staatsbürgern. Insoweit ist § 6 WStG unbedenklich, wenn danach für den Soldaten die Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens als Schuldausschließungsgrund im wesentlichen nicht anerkannt wird. Gegenüber einem Soldaten kann unter Umständen noch ein Schuldvorwurf berechtigt sein, wo dem normalen Bürgen längst ein rechtmäßiges Verhalten nicht mehr zugemutet wird und deshalb strafrechtliche Schuld verneint werden muß.

Bei der Rechtfertigung des § 6 WStG handelt es sich um die Frage, ob dem Betreffenden sein Verhalten noch oder nicht mehr als schuldhaft vorgeworfen werden soll. Bei § 11 Abs.1 Satz 3 SG geht es jedoch um die Frage, ob dem Soldaten überhaupt ein Vorwurf treffen kann - nur dann hätte er im strafrechtlichen Sinne schuldhaft gehandelt -, für ein Verhalten, von dessen Rechtmäßigkeit er in nicht vorwerfbarer Weise überzeugt gewesen ist. Allgemein müßte diese Frage sicherlich verneint werden. Dann stellt sich aber auch hier die Frage, ob dem Soldaten durch § 11 Abs.1 Satz 3 SG überhaupt in wirksamer Weise die Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum als allgemeinen Schuldausschließungsgrund abgeschnitten werden konnte. Spätestens an dieser Stelle kommt jedoch wiederum das Schuldprinzip ins Spiel, denn die soeben aufgeworfene Frage beinhaltet ihrem Wesen nach nichts anderes. Auch § 11 Abs.1 Satz 3 SG muß daran gemessen werden, was letztlich nur eine Verlagerung der Problematik bedeuten würde. Wenn die in § 11 Abs.1 Satz 3 SG erfolgte Regelung als zulässig angesehen werden könnte, dann ließe sich auch § 22 Abs.3 WStG selbständig rechtfertigen.

Demnach ist die in § 11 Abs.1 Satz 3 SG enthaltene Anordnung des Gesetzgebers, daß die irrige Annahme der Unverbindlichkeit des Befehls nicht von der Verantwortung für den Ungehorsam befreit, nicht geeignet, von hieraus zu der Annahme zu gelangen, daß die Regelung in § 22 Abs.3 WStG nicht als ein Verstoß gegen den Grundsatz "Keine Strafe

ohne Schuld" angesehen werden kann. Dies hat wohl auch der Gesetzgeber nicht angenommen, denn der Regierungsentwurf spricht in diesen Fällen selbst von einem "schuldlosen" Irrtum (106).

5) Um die Regelung des § 22 Abs.3 WStG mit dem Schuldprinzip doch in Übereinstimmung bringen zu können, ist noch daran zu denken, ob es möglich wäre, für den Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte - abweichend vom allgemein anerkannten - einen besonderen Schuldbegriff bilden zu können (107). Normalerweise soll den Täter nur dann ein Schuldvorwurf treffen, wenn er in Bezug auf den deliktischen Erfolg bzw. die einzelnen Tatumstände vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. In diesem Fall ist ihm sein Verhalten vorwerfbar, denn er hätte (bei Vorsatz) einfach sein Vorhaben unterlassen können oder er hätte (bei Fahrlässigkeit) mit entsprechender Willensanstrengung das Unrecht seines Tuns erkennen und insoweit auch vermeiden können. Sollte dem Täter darüber hinaus ein Verhalten als schuldhaft vorgeworfen werden können, dann müßte der Schuldbegriff insoweit modifiziert werden. Ob dies jedoch möglich ist, erscheint zweifelhaft (108).

Wenn demnach die Frage geklärt werden müßte, ob auch dann gegenüber einem Täter ein strafrechtlich relevanter Schuldvorwurf erhoben werden soll, selbst wenn er im strafrechtlichen Sinne weder vorsätzlich noch in fahrlässiger Weise die Gebote des Rechts mißachtet und deshalb Unrecht getan hat, dann setzt dies folgendes voraus. Erforderlich hierfür wäre einmal, daß die Verhaltensweise des Betreffenden immer noch als vorwerfbar angesehen werden könnte, weil die Unrechtsverwirklichung nicht vollständig allein vom

---

106) Amtl.Begr.WStG S.31. Beachte auch § 54 des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst, wo es eine dem § 22 WStG vergleichbare Regelung gibt, ohne daß eine Vorschrift wie § 11 Abs.1 Satz 3 SG vorhanden wäre.

107) Vgl. dazu bereits oben S.47 Anm.66.

108) Zweifel könnten sich bereits im Hinblick auf § 15 StGB AT 73 ergeben, wonach nur vorsätzliches und bei ausdrücklicher Anordnung im Gesetz auch fahrlässiges Handeln strafbar sein soll (vgl. zu dieser Frage bereits SCHWEIKERT ZStW 70(1958),394(409)).

Zufall, sondern in irgendeiner Weise auch vom Willen des Täters abhängig gewesen ist, und deshalb ein persönlicher Vorwurf noch gerechtfertigt erscheint. Dies läuft jedoch darauf hinaus, ob neben Vorsatz und Fahrlässigkeit wenigstens noch eine Art von dritter Schuldform anerkannt werden könnte.

Es müßte sich demnach um eine ähnliche Verhaltensform wie Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit handeln, die sich aber als eine noch losere Beziehung zwischen der Handlung des Täters und dem jeweiligen Tatumstand als die Fahrlässigkeit darstellt, wo aber ein strafrechtlich relevanter Vorwurf noch berechtigt erscheint. Eine solche dritte Art von strafrechtlich relevanter Verhaltensform hat SCHWEIKERT (109) ausdrücklich in engen Grenzen anerkannt (11) und sie als "riskantes Verhalten" bezeichnet (111). Dabei hat er hauptsächlich die Tatbestände mit objektiven Strafbarkeitsbedingungen im Auge, auf die sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach h.M. nicht zu erstrecken brauchen, die aber in den meisten Fällen dennoch als Unrechtselemente angesehen werden müssen. Hier insbesondere glaubt SCHWEIKERT eine strafrechtlich relevante Risikohaftung zu erkennen, die er ausdrücklich als möglich anerkennt und sie als mit dem Schuldhaftungsprinzip im Einklang stehend ansieht. Das Eingehen eines Risikos begründe zunächst vom sozialethischen Standpunkt aus wegen der darin zum Ausdruck kommenden sozialwidrigen Gesinnung des Täters einen Vorwurf, der sich unter Umständen so verstärken kann, daß auch ein strafrechtlich relevanter Vorwurf angenommen werden kann (112).

Auch einigen Urteilen des BGH läßt sich ein ähnlicher Standpunkt entnehmen, daß es neben Vorsatz und Fahrlässigkeit

---

109) In: ZStW 70(1958),394ff., vgl. auch SCHWEIKERT, Wandlungen, S.86ff.; eine kürzere Zusammenfassung der Gedanken SCHWEIKERT's gibt LANG-HINRICHSEN in ZStW 73(1961),210 (210-214). Bereits WEGENER S.134f. hat ähnliche Gedanken geäußert: "....Mißverständnis, daß Schuld nur Vorsatz und Fahrlässigkeit sei".

110) Vgl. a.a.O. S.399 und insbes. S.409f.

111) A.a.O. S.395.

112) A.a.O. S.399.

noch eine Art von dritter Schuldform geben müsse bzw. anerkannt werden müsse, denn sonst wären einige Entscheidungen nicht mehr recht verständlich (113).

Schon bereits vorher, bevor SCHWEIKERT es erstmalig unternommen hatte, eine mögliche dritte Schuldform nachzuweisen und hierfür eine dogmatische Begründung zu liefern, und auch danach, ohne jedoch hierauf Bezug zu nehmen, hat man tatsächlich den § 22 Abs.3 WStG mit dem Risikogedanken zu rechtfertigen versucht (114).

Ausgangspunkt hierfür ist die Tatsache, daß der Untergebene zumeist nicht verpflichtet ist - außer in den Fällen des § 11 Abs.2 Satz 1 SG - unverbindlichen Befehlen den Gehorsam zu verweigern, sondern er dazu lediglich b e r e c h t i g t ist. Andererseits müssen sich die Vorgesetzten darauf verlassen können, daß ihre verbindlichen Befehle auch befolgt werden. Deshalb glaubte man, dem Untergebenen berechtigterweise das strafrechtliche Risiko auferlegen zu können, falls sich dieser irren sollte (115). Nimmt der Untergebene irrtümlich an, der Befehl beinhalte die Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens, dann befindet er sich in einer Zwangslage, sich möglicherweise selbst strafbar zu machen, weil die Voraussetzungen des § 5 WStG dann nicht vorliegen würden (116). In diesem Fall wäre es unbillig, so argumentiert man, dem Soldaten das Risiko aufzubürden, daß der Befehl eventuell doch verbind-

---

113) Z.B. BGH JR 1958,28:"Dieser Schuldbegriff schließt es nicht aus, jemanden auch einen Erfolg zum Vorwurf zu machen, auf den sich weder sein Vorsatz noch seine Fahrlässigkeit bezogen". Oder BGH (GS) 10,259(264):"Wer schuldhaft eine gefahrenschwangere Lage geschaffen hat, wer schuldhaft gewissermaßen das Tor geöffnet hat, durch das mannigfaches unbestimmtes Unheil eindringen konnte, den darf man, wenn das Unheil eingedrungen ist, im Bereich der Strafzumessung ohne Verletzung des Schuldgrundsatzes dafür verantwortlich machen". Zu beiden Urteilen vgl. LANG-HINRICHSEN ZStW 73(1961, 210ff.

114) So z.B. (vorher) DREHER JZ 1957,393(396) und v.MERKATZ, Mdl.Begr.WStG, S.10852(B) oder (nachher) RITTAU Wehrw. Rdsch. 1961,125(128) und ARNDT NZWehrR 1960,145(153).

115) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7, KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 22 Anm.4, HAHNENFELD, SG, S.94.

116) RITTAU, WStG, Anm.3, DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.8 zu § 22.

lich sein könnte. Dies gelte jedoch nicht für die anderen Unverbindlichkeitsgründe (117). Hier bedeute die Ausführung des Befehls für den Untergebenen kein persönliches Risiko. Deshalb sei es gerechtfertigt, ihn das Risiko für seine Gehorsamsverweigerung tragen zu lassen. Nur wenn es sich tatsächlich um einen unverbindlichen Befehl handelt, soll er straflos bleiben, anderenfalls müsse der ungehorsame Soldat in jedem Falle bestraft werden.

Unterstellt einmal, die Ausführungen von SCHWEIKERT wären richtig (118), wie müßte dann im speziellen Fall des § 22 Abs.3 WStG argumentiert werden, um damit gleichzeitig die soeben beschriebenen Risikogedanken im Hinblick auf die im Strafrecht geltende Verschuldenshaftung verwerten zu können (119). Ausgangspunkt dafür wäre zunächst, daß man sagt, der Untergebene habe sich in Bezug auf die Verweigerung eines angeblich unverbindlichen Befehls "riskant verhalten". Dies müßte weiterhin dazu führen, daß ihm gegenüber deshalb ein strafrechtlich relevanter Vorwurf erhoben werden könnte. Weil in diesem Bereich vielfältige Irrtumsfälle denkbar und möglich sind, und andererseits die Vorgesetzten darauf berechtigterweise vertrauen müssen, daß ihre rechtmäßigen Befehle schnell und unverzüglich ausgeführt werden, kann in jedem Ungehorsam ein sozialwidriges Verhalten liegen, welches geeignet ist, einen Vorwurf zu begründen. Aus diesem Grunde ist der Untergebene ein strafrechtswidriges und vorwerfbares Risiko eingegangen, als er den Befehl nicht ausführte. Wenn der Soldat nicht völlig sicher sein durfte, daß der Befehl auch tatsächlich unverbindlich ist, handelt er in vorwerfbarer Weise riskant (120). Ob einer solchen Argu-

---

117) Dies soll nach DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.13 selbst dann gelten, wenn eine disziplinarrechtliche Bestrafung drohte.

118) SCHLOSSER hält diese Auffassung unter Umständen für nicht ganz unannehmbar (vgl. Dissertation S.111); völlig ablehnend dagegen KAUFMANN, Schuldprinzip, S.145f.

119) Nur wenn dies überzeugend gelänge, wäre bewiesen, daß § 22 Abs.3 WStG als mit dem Schuldprinzip in Übereinstimmung angesehen werden könnte, und somit der Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" von § 22 Abs.3 WStG nicht durchbrochen wird.

120) Tatsächlich argumentiert SCHWEIKERT so im Rahmen des § 113

mentationsweise gefolgt werden kann, erscheint indes sehr fraglich.

Richtig ist sicherlich zunächst einmal, daß es sich immer als ein Eingehen eines Risikos herausstellt, wenn nachträglich festgestellt wird, daß der Befehl doch verbindlich gewesen ist (12). Abgestellt werden kann deshalb nur auf den Zeitpunkt der eigentlichen Befehlsverweigerung. Andererseits begründen Zweifel, wenn also der Soldat nicht ganz sicher ist und noch irgendwelche Erwägungen anstellt, der Befehl könne möglicherweise doch für ihn verbindlich sein, stets dolus eventualis (122). Demnach kann - bei unvermeidbarem Irrtum - dem Untergebenen, als er den Gehorsam verweigerte, nicht eine irgendwie geartete Vorstellung vorgeschwebt haben, daß er damit ein Risiko eingehe. Er war fest davon überzeugt, daß der Befehl unverbindlich ist, und er deshalb berechtigt sei, sich zu weigern, diesen Befehl auszuführen. Falls er geglaubt haben sollte, daß der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen beinhalte, dann hielt er sich zur Befehlsverweigerung sogar kraft Gesetzes verpflichtet (123). Ihm gegenüber deshalb dennoch einen strafrechtlich relevanten Vorwurf zu erheben, erscheint nicht mehr gerechtfertigt.

Wenn man jedoch in der Weise argumentiert, daß grundsätzlich jeder Ungehorsam gegenüber Befehlen riskant und deshalb von vornherein schuldhaft sein könne, so liegt dem letztlich die Annahme zugrunde, daß es stets besser sei, dem Befehl zu gehorchen, selbst wenn man von dessen Rechts-

---

(a.F.) StGB für den ähnlich liegenden Fall, daß sich der Widerstandleistende in nicht vorerfbarer Weise über die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung geirrt hat (vgl. ZStW 70 (1958),394(408), sehr klar auch in: Wandlungen S.88.

121) In diesem Sinne auch SCHLOSSER, Dissertation, S.152.

122) Ebenso SCHLOSSER, Dissertation, S.151.

123) War dieser Irrtum unvermeidbar, bliebe der Soldat dann zwar gem. § 22 Abs.2 WStG straflos. Aber nach der Lehre des "riskanten Verhaltens" (objektiv bestehende Möglichkeit der Verweigerung eines verbindlichen Befehls) müßte darin dennoch das Eingehen eines vorwerfbaren Risikos gesehen werden (warum sollte zwischen beiden Befehlsverweigerungen ein Unterschied bestehen ?), welches nur nicht mehr als strafwürdig angesehen werden kann.

widrigkeit überzeugt ist. Dies mag letztlich der Sinn des § 22 Abs.3 WStG sein. Aber verfehlt wäre es, deshalb auch auf das Vorliegen von strafrechtlich relevanter Schuld schließen zu wollen. Auch würde diese Auffassung verkennen, daß eine Verhaltensweise nur dann dem Täter als s c h u l d h a f t vorgeworfen werden kann, wenn er anders hätte handeln können (124). Warum hätte der Täter jedoch anders handeln sollen, wenn er sich in Übereinstimmung mit dem Gesetz glaubte ?

Wenn überhaupt der Lehre von SCHWEIKERT gefolgt werden kann, dann, wenn dem Täter irgendwie bewußt geworden oder erkennbar gewesen ist, mit seiner Handlungsweise eine Rechtsgutsgefährdung zu schaffen bzw. zu erhöhen (125). Hier, für den speziellen Fall des Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls, muß sie als wenig überzeugend abgelehnt werden.

Ob WELZEL mit seiner Lehre vom Gültigkeitsirrtum und dessen weitgehender Unentschuldbarkeit (126) nicht möglicherweise im Ergebnis etwas Ähnliches wie SCHWEIKERT meint, nur mit völlig anderen Worten und lediglich für einen speziellen Fall, wäre durchaus denkbar. In diesem Zusammenhang soll noch kurz darauf eingegangen werden, nachdem SCHWAIGER offenbar geglaubt hat, § 22 Abs.3 WStG ließe sich eventuell mit diesem Gedanken rechtfertigen (127).

WELZEL bezeichnet die Fälle, wo der Täter ein Gesetz, eine Verordnung, eine Anordnung oder eine Maßnahme für rechtsungültig hält, als Gültigkeitsirrtum und behandelt ihn als Abart eines Verbotsirrtums (128). Das Verschulden des Täters soll nun nicht darin liegen, daß seine Entscheidung letzt-

---

124) LANGE in LK § 51 Rdnr.4.

125) So SCHLOSSER, Dissertation, S.111f.

126) Vgl. WELZEL, Lehrbuch, § 22 III 1 g (S.170f.), ebenso in JZ 1953,266ff. und in Ndschr. Bd.5,S.98.

127) Vgl. SCHWAIGER, Dissertation, S.230f.

128) Obwohl WELZEL im Lehrbuch (S.170f.) und in JZ 1953,266(267) immer nur von der Gültigkeit einer Strafrechtsnorm spricht, fällt hierunter nicht nur ein Gesetz als eigentliche Verbotsnorm, sondern auch ein militärischer Befehl, der befolgt werden soll, wie sich aus der - hier wiedergegebenen - Aufzählung in Ndschr. Bd.5,S.98 ergibt.

lich falsch ist - er also geirrt hat - , sondern darin, daß er sich mit einer solchen Überprüfung überhaupt befaßt hat, obwohl er hiermit eine Sache übernimmt, der er - wie er erkennen konnte - gar nicht gewachsen ist (129). Wer aus eigener Machtvollkommenheit eine solche - manchmal recht schwierige - rechtliche Überprüfung vornimmt, riskiert also, daß das Gesetz oder die sonstige Maßnahme doch gültig und rechtsverbindlich ist.

Wie WELZEL selbst zugesteht, folgt hieraus nicht notwendig, daß dann der Täter auch stets schuldhaft gehandelt hat (130). Vielmehr führt ein Gültigkeitsirrtum nach Auffassung von WELZEL lediglich in fast allen Fällen zu dessen Unentschuldbarkeit, insoweit müssen also für die Vermeidbarkeitsprüfung andere Maßstäbe gelten. Dabei handelt es sich jedoch letztlich um die Frage, ob dem Täter der Irrtum noch vorwerfbar ist oder nicht. Nach § 22 Abs.3 WStG soll andererseits ganz eindeutig auch im Fall des nicht mehr vorwerfbaren Irrtums bestraft werden. Wenn auch der Gültigkeitsirrtum unter Umständen doch entschuldigt, dann ist die Lehre von WELZEL bereits vom Ansatzpunkt her nicht geeignet, den § 22 Abs.3 WStG zu rechtfertigen. Dies hat SCHWAIGER scheinbar übersehen.

6) Zu erwägen wäre schließlich noch, ob dem Untergebenen nicht deshalb ein strafrechtlich relevanter Vorwurf gemacht werden kann, weil er sich gegen den vermeintlich unverbindlichen Befehl gleich in der Form des Ungehorsams zur Wehr gesetzt hat. Da dieses Verhalten stets disziplinschädigenden Charakter haben dürfte, müßte sein Verschulden dann darin gesehen werden, daß er nicht vorher versucht hat, durch Einlegen von zulässigen Rechtsbehelfen gegen den Befehl anzugehen(131).

Zunächst könnte man meinen, daß es sich hierbei letztlich um keinen anderen Gedanken handelt als den, der soeben mit

---

129) WELZEL, Lehrbuch, § 22 III 1 g(S.171) und JZ 1953,266(267).

130) So ausdrücklich in: Ndschr. Bd.5,S.98.

131) Vgl. zu diesem Gedanken die Erwägungen von WELZEL und GALLAS in: Ndschr. Bd.5,S.98 bzw. 109 zu ähnlichen Überlegungen im Rahmen des § 113 a.F. StGB.

der Lehre vom "riskanten Verhalten" abgelehnt worden ist. Weil der Untergebene es von sich aus gewagt hat, selbständig eine rechtliche Überprüfung vorzunehmen, statt die Entscheidung einer übergeordneten, zuständigen Stelle einzuholen, und somit das Risiko eingegangen ist, sich möglicherweise zu irren, soll ihn ein Vorwurf treffen. Hier bleibt Anknüpfungspunkt für die Vorwerfbarkeit immer noch der Umstand, daß geirrt worden ist, daß also das Risiko eingegangen worden ist, möglicherweise doch zum falschen Ergebnis zu kommen. Dagegen wird der Vorwurf etwas verschoben, wenn man an das Nichteinlegen eines Rechtsbehelfes anknüpft. Dann ist nicht mehr die Tatsache des Irrtums als solche vorwerfbar, insoweit hat der Täter unverschuldet geirrt, sondern das Nichtgehorchen als solches soll ihm vorgeworfen werden (132). Daher handelt es sich hier eher um einen abgewandelten Gedanken, wie er oben bereits bei der Frage, ob die Verbindlichkeit des Befehls nicht doch vielleicht als eine Art von objektiver Strafbarkeitsbedingung verstanden werden könnte, behandelt worden ist. Auch dort ging es letztlich um die Frage, ob dem Soldaten der Ungehorsam als solcher zum strafrechtswidrigen Vorwurf gereichen soll. Ob dies mit der Begründung möglich ist, der Untergebene habe es versäumt, sich durch das Einlegen von Rechtsbehelfen gegen den Befehl zu wehren, setzt zunächst voraus, daß es einen solchen geregelten Nachprüfungsweg hierfür überhaupt gibt.

Wie sich aus § 1 Abs.1 WBO ergibt, kann sich der Soldat beschweren, wenn er glaubt, von seinen Vorgesetzten unrichtig behandelt worden zu sein. Diese Beschwerde hat zwar gem. § 3 Abs.1 Satz 1 WBO keine aufschiebende Wirkung, insbesondere befreit sie nicht von der Verpflichtung, den Befehl auszuführen, gegen den sich die Beschwerde richtet (so

---

132) Eine ähnliche Unterscheidung findet sich bereits bei RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129), wenn er zu § 22 Abs.3 WStG ausführt: "Abs.3 spricht von einem nicht vorwerfbaren Irrtum, nicht von einem nicht vorwerfbaren Ungehorsam".
Ganz ähnlich hat der BGH 21,334(366) bei einem unverschuldeten Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Rahmen des § 113 a.F. StGB unterschieden und das Verschulden in der gewaltsamen Gegenwehr trotz hinreichender Möglichkeiten zur Wahrung des Rechts im ordentlichen Rechtsweg gesehen.

ausdrücklich § 3 Abs.1 Satz 2 WBO), jedoch kann die Ausführung des Befehls ausgesetzt werden (§ 3 Abs.2 WBO). Falls die Beschwerde begründet ist (133), muß der Befehl aufgehoben werden oder, wenn er bereits ausgeführt worden ist oder sonst erledigt ist, ist auszusprechen, daß der Befehl nicht hätte erteilt werden dürfen (§ 13 Abs.1 Satz 2 bzw. 3 WBO). Die rechtliche Überprüfung des erteilten Befehls ist also möglich(134).

Zweifel bestehen jedoch in zweierlei Hinsicht daran, ob der Gedanke des Nichteinlegens von Rechtsbehelfen wirklich geeignet ist, um damit eine entsprechende Vorwerfbarkeit trotz unvermeidbaren Irrtums über die Verbindlichkeit des Befehls zu begründen. Während sich der eine sicherlich leicht ausräumen ließe, dürfte der zweite nicht zu beseitigen sein.

Einmal könnte man nämlich bereits deshalb Zweifel anmelden, weil die Tatsache, die den Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf bilden soll, überhaupt nicht im Gesetz erwähnt ist. Diesen Einwand hätte sicherlich auch der BGH für unbeachtlich erklärt, denn gerade in dieser Tatsache hat er den relevanten Schuldvorwurf gesehen bei einem unverschuldeten Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Amtsausübung im Rahmen des § 113 a.F. StGB (135), obwohl damals davon auch noch nichts im Gesetz stand, wie nunmehr in § 113 Abs.4 Satz 2 StGB. Viel schwerer wiegt dagegen der Einwand, ob die Tatsache, daß der Täter keine Rechtsbehelfe eingelegt hat, überhaupt geeignet sein kann einen strafrechtlich relevanten Vorwurf zu begründen, wenn der Täter in nicht vorwerfbarer Weise davon ausging, daß er sich gegen einen unverbindlichen Befehl auflehnt. Was letztlich subjektiv gar nicht mehr als "Auflehnung" ange-

---

133) Begründet wäre die Beschwerde gem. § 13 Abs.1 Satz 2 WBO nicht nur dann, wenn der Befehl unzulässig ist, sondern auch, wenn es sich lediglich um einen unzweckmäßigen Befehl handelt, der für den Untergebenen verbindlich gewesen wäre.

134) Für sofort auszuführende Befehle ergäben sich jedoch noch erhebliche Schwierigkeiten; hier könnte dann nur der Unzumutbarkeitsgedanke helfen.

135) BGH 21,334(366).

sehen werden kann, da er glaubte, nur von seinen Rechten Gebrauch zu machen.

Die Neufassung des § 113 StGB in Abs.4 legt zumindest die Annahme nahe (136), daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß der soeben angemeldete Einwand unbegründet ist. DREHER hat z.B. diese Rechtsbehelfsklausel des Abs.4 Satz 2 als das Schuldprinzip nicht verletzend angesehen (137). Dies würde bedeuten, daß hier ein entsprechender Schuldvorwurf zu recht erhoben werden kann. Dies ist auch die Auffassung des BGH, denn die Neufassung stellt lediglich die Kodifizierung der Grundsätze dar, die der BGH bereits vorher seiner Rechtsprechung zu Grunde gelegt hatte (138). Aber wieso jemand schuldhaft handeln soll, der gutgläubig davon ausgeht, daß seine Handlungsweise im Einklang mit dem Gesetz steht, daß er hierzu also berechtigt sei, ist damit noch nicht hinreichend geklärt. Denn einmal müßte dann derjenige genauso "schuldhaft" handeln, der sich in der gleichen Weise wehrt, nur eventuell mit dem Unterschied, daß in diesem Falle die Maßnahme tatsächlich rechtswidrig ist (139). Warum dies anders sein könnte, ist bei dieser Argumentation schlechterdings nicht einzusehen. Dann müßte aber auch die Abwehr rechtswidriger Maßnahmen als rechtswidrig aufgefaßt werden(140),denn nur Unrecht kann schuldhaft verwirklicht werden (141).

Wenn somit bereits schwerwiegende Bedenken dogmatischer Art gegen den Rechtsbehelfs-Gedanken als Möglichkeit, einen

---

136) Sie ist jedoch keineswegs zwingend, da es sich auch um eine verkappte Durchbrechung des Schuldprinzips handeln könnte, vgl. hierzu GALLAS, Ndschr. Bd.5,S.109.

137) In: NJW 1970,1153(1159); Bedenken dagegen auch bereits bei SCHLOSSER, Dissertation, S.125.

138) Ganz deutlich erkennbar in BGH 21,334(366).

139) Die gleiche Überlegung findet sich bei WELZEL in: Ndschr. Bd.5,S.98; vgl. auch SCHLOSSER, Dissertation, S.125.

140) Darauf weist bereits GALLAS in Ndschr. Bd.5,S.109 hin. Dies hätte jedoch die weitere Folge, daß der Staatsbürger gegen rechtswidrige Amtshandlungen keine Notwehr üben könnte, vgl. hierzu BOCKELMANN, Ndschr. Bd.5,S.86.

141) SCHMIDHÄUSER 5/36 (S.85); VOLZ S.5.

Schuldvorwurf zu begründen, sprechen (142), so kommt noch ein weiterer Einwand hinzu. Derjenige, der nicht in vorwerfbarer Weise glaubt, der Befehl sei unverbindlich, und er brauche ihn nicht auszuführen, weil so weit seine Gehorsamspflicht nicht reicht, muß davon so fest überzeugt sein, daß nicht einmal irgendwelche Zweifel bei ihm vorhanden sein können. Dann wird er sich jedoch auch sagen, warum erst gegen diesen Befehl Beschwerde einlegen, wenn jetzt doch bereits feststeht, daß es sich tatsächlich um einen unverbindlichen Befehl handelt (143). Daher besteht für den Untergebenen überhaupt keine Veranlassung, eine Beschwerde einzulegen. Er kann daran gar nicht denken, weil es sich nach seiner Ansicht erübrigt, denn wäre der Befehl tatsächlich unverbindlich, wäre er hierzu sicherlich nicht verpflichtet gewesen. Dann kann ihm redlicherweise auch deswegen kein Vorwurf gemacht werden, wenn er es nicht tut, und sich dann nachträglich doch herausstellt, daß der Befehl zufällig doch (noch) verbindlich war.

Die Möglichkeit, Beschwerde einlegen zu können, kann somit in dieser Situation für den Soldaten in keiner Weise motivierend wirken, es doch zu tun. Eine wirksame Gegenmotivation im Zeitpunkt des Entschlusses, dem Befehl nicht zu gehorchen, kann hierin nicht gesehen werden, weil der Untergebene sich zu seinem Vorgehen für berechtigt hält. Anders wäre es nur, wenn man ihm sagen könnte, daß jeder Ungehorsam als solcher bereits als rechtswidrig angesehen werden muß. Dann in der Tat könnte ihn ein Vorwurf treffen, wenn er sofort ungehorsam ist, ohne vorher den hierfür vorgesehenen Überprüfungsweg beschritten zu haben, aber dann wäre er im Grunde eigentlich auch nicht berechtigt, die Aus-

---

142) Das soll jedoch nicht gleichzeitig bedeuten, daß die jetzige Regelung in § 113 StGB als ungerechtfertigt angesehen werden muß. Nur soll man sich nicht scheuen, offen und ehrlich zu sagen, daß hier letztlich auf die volle Durchführung des Schuldprinzips verzichtet worden ist (und wohl auch verzichtet werden muß).

143) Zu bedenken bleibt auch, daß ein Suspensiveffekt durch das Einlegen einer Beschwerde nicht ausgelöst wird (§ 3 Abs.1 Satz 1 WBO) und daß diese Möglichkeit sowieso erst nach Ablauf einer Nacht zulässig ist (§ 6 Abs.1 Satz 1 WBO).

führung eines rechtswidrigen Befehls zu verweigern. Jeden Ungehorsam als rechtswidrig anzusehen, ist jedoch - wie oben bereits dargelegt worden ist - nicht angängig. Die Möglichkeit, dem Soldaten daraus einen Vorwurf zu machen, daß er trotz seines Irrtums keinen Rechtsbehelf ergriffen hat, muß somit ausscheiden(144).

7) Damit dürfte feststehen, daß nach § 22 Abs.3 WStG Strafe ohne strafrechtlich relevanter Schuld verhängt werden soll, da die Strafe im Falle eines nicht vorwerfbaren Irrtums zwar gemildert werden kann, aber letzten Endes eine Bestrafung doch zwingend vorgeschrieben ist. Es besteht für das Gericht nicht einmal die Möglichkeit - wie z.B. jetzt auch in § 113 Abs.4 Satz 2 StGB vorgesehen - , im Einzelfall auch einmal von der Verhängung einer Strafe absehen zu können.
Auch ist der von SCHÄFER (145) aufgezeigte Weg, § 153 StPO als ergänzende Regelung anzusehen, abzulehnen. Vielmehr ist es erforderlich, die betreffende Strafrechtsvorschrift, die die jeweiligen Rechtsfolgen anordnet, selbständig im Lichte des Schuldprinzips zu betrachten. Wie wir gesehen haben, führt kein Weg zu einer Übereinstimmung des § 22 Abs.3 WStG mit dem Schuldgrundsatz, weder durch eine entsprechende Interpretation des Unrechts noch durch Anerkennung eines besonderen Schuldbegriffs. Aus Gründen der Staatsraison wurde hier auf die volle Durchführung des Schuldprinzips verzichtet (146). Daß der Untergebene im Falle des unvermeidbaren Irrtums über die Verbindlichkeit des Befehls dennoch irgendwie schuldhaft im strafrechtlich erheblichen Sinne handelt, konnte nicht überzeugend nachgewiesen werden. Demnach muß § 22 Abs.3 WStG als Durchbrechung des Schuldgrundsatzes angesehen werden. Welche rechtlichen Folgerungen hieraus zu ziehen sind, müssen die nachfolgenden Untersuchungen ergeben.

---

144) Ohne nähere Begründung ebenso ablehnend SCHWAIGER, Dissertation, S.233. Vgl. aber den Gesetzesvorschlag von HIRSCHMANN S.217ff., der für eine Rechtsbehelfsklausel eintritt.

145) In: Ndschr. Bd.5,S.109; vgl. auch RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961, 125(129).

146) So SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.78 vor § 51.

B. Die verfassungsrechtliche Geltung des Schuldprinzips

I. Der Satz "nulla poena sine culpa" als ungeschriebener verfassungsrechtlicher Grundsatz

1) Wenn § 22 Abs.3 WStG mit dem Schuldprinzip nicht im Einklang steht, so liegt es nahe, daß daraus u.U. irgendwelche Konsequenzen gezogen werden müßten. Zunächst wäre daran zu denken, daß § 22 Abs.3 WStG wegen Verstoßes gegen den im Strafrecht geltenden Schuldgrundsatz nicht angewendet werden dürfte. Daß es sich bei dem Satz "Keine Strafe ohne Schuld" um einen allgemein anerkannten, wichtigen Grundsatz des Strafrechts handelt, steht außer Frage. Die absolut herrschende Meinung in der Literatur bekennt sich dazu (147), ebenso die Rechtsprechung (148) und auch der Gesetzgeber selbst (149).

Zweifel, ob sich daraus bereits die Unanwendbarkeit des § 22 Abs.3 WStG herleiten läßt, ergeben sich dann, wenn man folgende Ausführungen von WELZEL liest (150):

"...ihre (d.h. die der sachlogischen Strukturen) grenzziehende Funktion ist nur relativ, d.h. sie binden den Gesetzgeber nur dann, wenn er eine Regelung bestimmter Art vornehmen will, und sie binden ihn nur logisch, d.h. wenn seine Regelung sachgemäß sein soll. Ein Verstoß gegen sie hat nicht zur Folge, daß seine Regelung ungültig wird, wohl aber, daß er sein Ziel nicht erreicht, daß er eine lückenhafte, widerspruchsvolle, sachlich unzutreffende Regelung vorgenommen hat. Ein Beispiel möge das klarmachen: Der Gesetzgeber ist keineswegs daran gebunden, den Eintritt von Unrechtsfolgen an die Voraussetzung zu knüpfen, daß der unrechtmäßig Handelnde auch s c h u l d h a f t gehandelt hat. Aber wenn er das tut und wenn er also z.B. Strafe für Schuld verhängen will, dann ist er an das gebunden, was den sachlichen Gehalt der Schuld ausmacht....Er hat zwar die Macht, Nachteile auch gegen einen Schuldlosen zu verhängen, aber er kann nicht das, was keine Schuld ist, zur Schuld machen".

---

147) Vgl. JESCHECK, Lehrbuch, § 3 I 2 (S.13), m.w.N. in Anm.4.

148) So BGH 2,194(200); 18,87(94); 20,264(266f.); NJW 1971,61; vgl. auch BGH 13,190(192).

149) Siehe SCHWALM JZ 1970,487(488); vgl. jetzt z.B. § 13 Abs.1 Satz 1 StGB, vgl. dazu BT-Drucksache V/4094 S.5f.; siehe auch Begründung zum Entwurf 1962 in BT-Drucksache IV/650 S.96ff.

150) In: Naturrecht, S.290, so ähnlich in: Gerechtigkeit, S.197f.; im Ergebnis ebenso STRATENWERTH, Natur der Sache, S.10f.

Nach den Ausführungen von WELZEL sieht es so aus, als ob die vorangegangenen Erörterungen letztlich sinnlos gewesen sind. Die Regelung des Gesetzgebers könnte lediglich als widerspruchsvoll bezeichnet werden, ohne daß sich daraus weitere Folgerungen ergeben könnten. Das Schuldprinzip könnte dann nur als ein deklaratorischer Grundsatz verstanden werden, und zwar als Aufforderung an den Gesetzgeber (151), dieses Prinzip möglichst vollständig zu verwirklichen. Sollte sich der Gesetzgeber darüber hinwegsetzen, so hätte er keinerlei "Sanktionen" zu befürchten.

2) WELZEL's Auffassung ist insoweit richtig, daß der Gesetzgeber sich über seine eigenen Prinzipien hinwegsetzen kann, so lange es sich dabei um selbst gewählte Beschränkungen handelt. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn andere Normen die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers einschränken.

Nicht alles kann allein deshalb Recht sein, was der Gesetzgeber als solches deklariert (152). Wie sich aus Art.1 Abs.1 GG ergibt, ist auch der Gesetzgeber durch die Verfassung in seiner gesetzgeberischen Freiheit beschränkt, möglicherweise auch noch durch übergesetzliche Normen. Im letzteren Fall müßte es sich bei dem Schuldprinzip um einen solchen naturrechtlichen Grundsatz handeln, gegen den der Gesetzgeber nicht ungestraft verstoßen dürfte (153). Ob es solche Normen überhaupt gibt, ist überaus umstritten (154).

Viel erfolgversprechender (155) ist daher, sich die Frage

---

151) Eventuell noch an die Gerichte, nur schuldadäquate Strafen zu verhängen.

152) Vor nicht allzu langer Zeit war dieser Satz noch heftig umstritten, vgl. HAMANN, Strafgesetzgebung, S.25. RGZ 118, 325(327) nennt den Gesetzgeber noch "selbstherrlich".

153) Diesen Weg hat KAUFMANN in seiner Schrift "Das Schuldprinzip" beschritten. Im Ergebnis gelangt er zu der Annahme, daß der Schuldgrundsatz ein dem Gesetzgeber vorgegebener, naturrechtlicher Satz sei, der jedoch Ausnahmen zulasse.

154) Da WELZEL übergesetzliche Normen ablehnt, ist es richtig, wenn er unter dem naturrechtlichen Blickwinkel zu der oben zitierten Auffassung gelangt, wobei er entweder die verfassungsrechtliche Seite dieser Problematik verkannt (so will ihn SAX (vgl. Grundrechte S.937 in Anm.90) verstehen) oder bewußt ausgespart hat.

155) Auf eine naturrechtliche Beschränkung des Gesetzgebers

vorzulegen, ob der Gesetzgeber mit einer Vorschrift wie dem § 22 Abs.3 WStG seine ihm durch die Verfassung gezogenen Grenzen überschritten hat. Voraussetzung dafür wäre, daß der Gesetzgeber mit einer Regelung, die dem strafrechtlichen Schuldprinzip widerspricht, gegen die Verfassung verstößt. Letztlich geht es dabei um die Frage, ob es sich bei dem Satz "nulla poena sine culpa" um einen Grundsatz mit Verfassungsrang handelt, an den auch der Gesetzgeber gebunden ist und den er bei seinen Entscheidungen zu beachten hat. Nur wenn dies zunächst bejaht werden könnte, würde sich die weitere Frage stellen, inwieweit § 22 Abs.3 WStG verfassungsrechtlich zulässig ist oder nicht.

3) Am einfachsten wäre es, dem Strafrechtsgrundsatz "nulla poena sine culpa" Verfassungsrang zuzuerkennen, wenn dies die Verfassung selbst ausdrücklich anordnen würde. Zwar findet man Sätze wie "nullum crimen sine lege" in Art.103 Abs.2 GG und durch Auslegung auch "nulla poena sine lege", aber einen Satz "Keine Strafe ohne Schuld" gibt es nicht (156), obwohl man ihn hätte erwarten können. Auch ist er nicht notwendigerweise in Art.103 Abs.2 GG mitenthalten(157). Hier wird lediglich verlangt, daß für eine genau bestimmte Verhaltensweise vor Begehung der Tat eine Bestrafung angedroht worden ist, ohne daß jedoch zugleich gesagt würde, welche weiteren Voraussetzungen außerdem gegeben sein müssen. Nach Art.103 Abs.2 GG wäre es für eine Bestrafung ausreichend, daß der Betreffende ein Verbot verletzt hat, dessen Übertretung mit Strafe bedroht war.

Eine Überprüfung des § 22 Abs.3 WStG an Hand des Grundge-

---

brauchte gar nicht zurückgegriffen werden, wenn das Grundgesetz als positives Recht bereits eine Lösung dieser Frage vorsähe.

56) Ebenso GILSDORF JZ 1958,686.

57) Grundsätzlich ebenso GILSDORF JZ 1958,686, der jedoch meint, daß Art.103 Abs.2 GG mittelbar auf den Schuldgrundsatz verweist. SCHLOSSER meint, daß eine selbständige Herleitung des Schuldprinzips allein aus Art.103 Abs.2 GG nicht möglich sei, denn diese Bestimmung setze den Schuldgrundsatz bereits voraus (Dissertation S.28 in Anm.98). Vgl. dazu auch BVerfG 25,269(285ff.).

setzes und damit eine Antwort auf die Frage, ob der Gesetzgeber hier möglicherweise die Grenzen seines gesetzgeberischen Dürfens überschritten haben könnte, wäre demnach nur dann möglich, wenn das im Strafrecht anerkannte Schuldprinzip als selbständiger, ungeschriebener, verfassungsrechtlicher Grundsatz (158) angesehen werden müßte.

4) Zwar gibt es im Strafrecht niemanden, der die Geltung des Schuldprinzips im grundsätzlichen angezweifelt hätte. Dennoch ist es erstaunlich, daß nicht alle diesen Grundsatz auf die Verfassung zurückführen, ihn also nicht ausdrücklich in den Rang eines Verfassungsrechtssatzes erheben(159). Aber nur unter dieser Voraussetzung wäre § 22 Abs.3 WStG verfassungsrechtlich überprüfbar, und nur so wäre der Gesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet, das Schuldprinzip zu beachten. Unter denen, die die verfassungsrechtliche Geltung bejahen, herrscht insoweit keine Einigkeit darüber, wo der Schuldgrundsatz im Grundgesetz verankert sein soll. Zumeist wird er aus Art.1 Abs.1 GG oder allein aus dem Rechtsstaatsprinzip, zum Teil aber auch aus einer Gesamtschau verfassungsrechtlicher Grundprinzipien hergeleitet.

Diejenigen, die dem strafrechtlichen Schuldprinzip im Hinblick auf Art.1 Abs.1 GG Verfassungsrang zuerkennen, argumentieren zumeist wie folgt: Ausgangspunkt ist die Tatsache, daß grausame und harte Strafen die Menschenwürde des Betreffenden verletzen (160). Darauf aufbauend läßt sich dann mehr oder weniger zwangsläufig auch das Ergebnis herleiten, daß eine Strafe ohne Schuld einen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeuten müßte (161). Oft dient zur wei-

158) Daß es ungeschriebene Grundsätze im Range eines Verfassungsrechtssatzes gibt, ist unbestritten, vgl. BVerfG 2,380(403).

159) Soweit ersichtlich fehlt ein derartiger Hinweis z.B. bei BAUMANN (Lehrbuch) und MEZGER-BLEI (StuBu AT). Starke Bedenken gegen eine verfassungsrechtliche Herleitung des Schuldprinzips dürfte DREHER JZ 1968,209(210) haben. Kritisch auch GALLAS, Ndschr. Bd.12,S.54.

160) Vgl. dazu BVerfG 1,332(348); 6,389(439); BGH 16,282(290); RAISER JZ 1963,663ff.; STREE, Deliktsfolgen, S.8; WINTRICH S.18.

161) Dieser Gedankengang kommt ganz deutlich bei MAUNZ-DÜRIG-

teren Begründung noch folgende Überlegung:
Bei einer Strafe ohne Schuld werde der Mensch lediglich als Objekt einer staatlichen Maßnahme behandelt. Damit würde er zu einem bloßen Mittel von Gemeinschaftszwecken gemacht. Dies verletze deshalb die Menschenwürde, weil der betreffende Mensch dann nicht mehr als ein zur sittlichen Selbstverantwortung bestimmtes Wesen geachtet wird (162). Die Strafe knüpfe dann nicht mehr an eine "dem Verhalten zugrunde liegende personhafte Entscheidung"(163) an. Darin müsse ein Verstoß gegen Art.1 Abs.1 GG gesehen werden, denn der Mensch sei als geistig-sittliches Wesen seinsgemäß darauf angelegt, in Selbstbewußtsein und Freiheit sich selbst zu bestimmen. Nur wenn Strafe an Schuld anknüpfe, also an eine vorwerfbare, personhafte autonome Selbstentscheidung für das Unrecht und gegen das Recht, werde die Menschenwürde des Täters gewahrt, nur dann werde der Verbrecher noch als Mensch geehrt (164). Ganz klar hat dies STREE ausgesprochen (165): "Ohne Vorliegen einer solchen zurechenbaren Tat würde ihm eine Behandlung zuteil, die seine sittliche Persönlichkeit mißachtet und ihn entwürdigt. Der nach Art.1 GG unantastbaren Menschenwürde wird demnach allein das unser Strafrecht beherrschende Schuldprinzip gerecht. Nulla poena sine culpa".

Dagegen sieht hauptsächlich die Rechtsprechung das strafrechtliche Schuldprinzip im Rechtsstaatsprinzip begründet und erkennt es deshalb als ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsatz an. Bereits im Jahre 1950 hatte der baye-

---

HERZOG Art.1 Rdnr.31,32 und NIPPERDEY, Grundrechte, S.31f. zum Ausdruck. Vgl. auch BADURA JZ 1964,337(343f.). Außer diesen Autoren sehen das Schuldprinzip durch Art.1 Abs.1 GG verfassungsrechtlich verankert GALLWAS MDR 1969, 892(894); HAMANN, Strafgesetzgebung, S.17; HAMANN-LENZ, GG, Art.1 Anm.3b (S.131); MAIHOFER S.144f.; MÜLLER-DIETZ S.32f. (beachte jedoch S.36f.); REIGL ZStW 73(1961),634(636f.); SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, 5/35,36 (S.84f.); SCHORN S.23;STREE, Deliktsfolgen, S.8, 36, insbes. 51ff.; SCHWAIGER, Dissertation, S.225ff.; VOLZ S.33; WINTRICH S.18; wohl auch SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.78 vor § 51.

162) SCHWAIGER, Dissertation, S.226f.; SCHLOSSER JZ 1958,526 (528); GILSDORF JZ 1958,685(686).

163) SAX, Grundrechte, S.937.

164) Vgl. SAX, Grundrechte, S.937; SCHORN S.23.

165) STREE, In dubio, S.16.

rische Verfassungsgerichtshof (166) entschieden, daß die allgemeinen Rechtssätze, die den Rechtsstaat kennzeichnen, geltendes Recht im Range des Verfassungsrechts seien. Auf dem Gebiet des Strafrechts bedeute dies u.a., daß "ein Strafübel grundsätzlich nur bei strafrechtlichem Verschulden des Täters verhängt werden darf" (167). Gleichzeitig hat das Gericht darauf hingewiesen, daß die Einhaltung dieses Grundsatzes Sache des Gesetzgebers sei, nur wo er klar und eindeutig gegen ihn verstoße, verletze er auch die Verfassung.

Dieser Auffassung hat sich das BVerfG in einer grundsätzlichen Entscheidung angeschlossen (168). Der Leitsatz dieses Beschlußes lautet ganz lapidar: "Der Grundsatz 'nulla poena sine culpa' hat den Rang eines Verfassungsrechtssatzes". In der relativ kurzen Begründung argumentiert das Gericht wie folgt (169): Zur Rechtsstaatlichkeit gehöre nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit. Diese erfordere jedoch, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinanderstehen. Da die Strafe auch auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abziele, wird dem Täter damit ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Wörtlich fährt das Gericht fort (170): "Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Anderenfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig....".

Auch der BGH scheint diese Auffassung zu vertreten (171).

---

166) Abgedruckt in: Verw.Rspr. 3,145ff.

167) A.a.O. S.150.

168) Beschluß vom 25.10.1966, abgedruckt in: BVerfG 20,323ff.; vgl. auch noch BVerfG 6,389(439); 7,305(319); 9,167(169); 23,127(132f.) und 25,269(285).

169) Vgl. BVerfG 20,323(331).

170) BVerfG 20,323(331).

171) Vgl. BGH 13,190(192).

Unter ausdrücklicher Berufung und Bezugnahme auf das BVerfG wird diese Ansicht nunmehr auch in der Literatur zahlreich vertreten (172). Aber auch vor dieser Entscheidung des BVerfG wurde schon im Schrifttum das Schuldprinzip ausdrücklich als rechtsstaatlicher Grundsatz mit Verfassungsrang anerkannt (173).

Einige wenige Autoren wollen das Schuldprinzip nicht allein durch Art.1 Abs.1 GG oder lediglich durch das Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich verankert sehen, sondern glauben, daß sich der Satz "nulla poena sine culpa" nur auf Grund einer Gesamtschau von Leitprinzipien unserer Verfassung überzeugend herleiten läßt, um ihn damit auch wirksam verfassungsrechtlich absichern zu können.

Insbesondere ist hier SCHLOSSER zu nennen, der sich am intensivsten mit dieser Problematik auseinandergesetzt hat. In seinem bereits zitierten Aufsatz (174) hatte er einzelne Verfassungsgebote im Hinblick auf die hier zu lösende Frage untersucht. Diese Art des Vorgehens gibt er in seiner Dissertation bewußt auf, da diese Methode "dem Wesen der verfassungsrechtlichen Leitgedanken und ihrer systematischen Bedeutung im Grundgesetz nicht gerecht werden" würde (175). Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen könnten unabhängig von einander gar nicht in ihrer vollen Bedeutung verstanden werden. Wörtlich sagt er (176): "Sie sind ineinander verflochten und miteinander verwoben, haben einen gemeinsamen Kern und werden abwechselnd zur Lösung derselben Frage herangezogen. Schlußfolgerungen auf eine verpflichtende Grundhaltung der Verfassung in einem bedeutsamen Rechtsgebiet, die sich nur auf eine der in Frage kommenden Verfassungssätze stützten, wären einerseits zu dünn und un-

---

172) KOFKA in LK Vorbem. Rdnr.3 vor § 13; MAUNZ § 29 IV 4(S.275); MAURACH, Lehrbuch AT, § 10 I A (S.106); SCHWALM JZ 1970,487 (489); WELZEL, Lehrbuch, § 19 I (S.138); WESSELS § 2 I(S.8) und § 8 I 2 (S.57f.); WITTIG JZ 1969,546.

173) So z.B. von Eb.SCHMIDT ZStW 69(1957),359(361f.); WARDA ZStW 71(1959),252(261f.); SCHLOSSER JZ 1958,526(529); LANG-HINRICHSEN, Grundfragen, S.114 in Anm.116; kritisch jedoch SCHWAIGER, Dissertation, S.230.

174) Vgl. JZ 1958,526ff.

175) Dissertation S.27.

176) Dissertation S.28.

sicher, auf der anderen Seite führten bei einem derartigen Vorgehen die Einzelerörterungen zu unnötigen Wiederholungen". Die hier in Betracht zu ziehenden Grundprinzipien sind nach SCHLOSSER: das Bekenntnis zur Würde des Menschen (Art.1 Abs.1 GG), zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 Abs.1 GG), zum Gleichheitssatz (Art.3 Abs.1 GG) und zum Rechtsstaatsprinzip (Art.28 Abs.1 Satz 1 GG) (177).Aus diesen Grundprinzipien glaubt SCHLOSSER ein gewisses Menschenbild des Grundgesetzes herleiten zu können (178). Dieses sieht er in der Anerkennung des Menschen als Vernunft- und Gewissensträger (179). Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip sei mit diesem Menschenbild des Grundgesetzes unvereinbar (180), denn dann sei der Mensch ein bloßes Mittel zu einem beliebigen Zweck, weil er insoweit zur bloßen Sache degradiert werde.

Einer ähnlichen Ansicht wie SCHLOSSER dürften auch LACKNER-MAASSEN (181) und GILSDORF (182) sein. Aber auch das BVerfG dürfte diesem Standpunkt nicht soweit entfernt sein, wie man zunächst nach der Grundsatzentscheidung glauben könnte, denn damals erwähnte das Gericht die Menschenwürde mit keinem Wort (183). Dies ergibt sich ganz deutlich aus folgenden Sätzen einer neueren Entscheidung (184): "Art.103 Abs.2 GG geht von dem rechtsstaatlichen Grundsatz aus, daß keine Strafe ohne Schuld verwirklicht wird (nulla poena sine culpa). Dieser Grundsatz wurzelt in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG verfassungskräftig geschützten Würde und der Eigenverantwortlich-

177) Vgl. SCHLOSSER, Dissertation, S.28.

178) Dissertation S.39.

179) Dissertation S.54.

180) Dissertation S.72.

181) Vgl. Anm.2 zu § 13.

182) Vgl. JZ 1958,685(686).

183) Vgl. BVerfG 20,323(331); in diesem Fall die Menschenwürde ins Spiel zu bringen, dürfte dem Gericht damals auch ziemlich schwergefallen sein, denn bei der Beschwerdeführerin hatte es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt.

184) BVerfG 25,269(285).

keit des Menschen, die von dem Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten und zu respektieren sind".

5) Damit dürfte in großen Zügen der Meinungsstand zu der Frage skizziert sein, aus welchen Bestimmungen des Grundgesetzes das Schuldprinzip als Verfassungsrechtssatz allgemein hergeleitet wird. Einer Auseinandersetzung, ob dafür nun allein Art.1 Abs.1 GG oder allein das Rechtsstaatsprinzip in Betracht kommt, wird es - wie die folgenden Ausführungen zeigen werden werden - , nicht bedürfen. Auch soll nun nicht eine eigene, ausführliche Untersuchung darüber erfolgen, ob und wo nun eigentlich das Schuldprinzip verfassungsrechtlich verankert sein dürfte. Daß es sich hierbei überhaupt um einen Rechtssatz mit Verfassungsrang handelt, kann nicht mehr bestritten werden (185). Dies nachzuweisen dürfte SCHLOSSER überzeugend gelungen sein. Auch hat das BVerfG diesen Grundsatz ausdrücklich als Verfassungsrechtssatz anerkannt (186). Dennoch erscheint eine eigene kurze Stellungnahme angebracht, und zwar aus folgendem Grund:
Im Hintergrund aller bisherigen Ausführungen stand die Frage, durfte der Gesetzgeber eine solche Vorschrift wie den § 22 Abs.3 WStG erlassen. Im Hinblick auf das Schuldprinzip durfte er dies möglicherweise nicht. Dies wäre jedoch dann zu bejahen, wenn der Gesetzgeber hier im konkreten Fall das Schuldprinzip durchbrechen durfte oder ihm von Verfassungs wegen nicht verboten war, hier auf die volle Durchführung des Schuldgrundsatzes zu verzichten. Wie die Frage zu beantworten ist, könnte eventuell auch davon

---

185) Ungelöst ist damit die viel schwierigere Frage, welche praktischen Folgerungen aus einem derartigen Verfassungsrechtssatz unter Umständen gezogen werden müssen. Soll damit eventuell die gesamte strafrechtliche Schuldlehre verfassungsrechtlich geschützt sein ? Oder soll damit lediglich ganz eklatanten Verletzungen des Schuldprinzips durch den Gesetzgeber vorgebeugt werden ? Darauf wird sogleich eingegangen werden.

186) Daß Erkenntnisse des BVerfG aber auch abänderbar sind, zu diesem Problem siehe FROWEIN DÖV 1971,793ff.

abhängen, in welcher Weise die Geltung des Schuldprinzips als Verfassungssatz begründet wird. Insofern könnte für die nachfolgenden Untersuchungen bereits an dieser Stelle eine wichtige Vorentscheidung fallen. Daher erschien es unumgänglich, die eigene Auffassung zu diesem Problem und somit die Ausgangssituation für die künftigen Erörterungen kurz darzustellen.

Ansatzpunkt für alle Überlegungen müßte die Frage sein, warum soll der Satz "Keine Strafe ohne entsprechende Schuld" überhaupt gelten, insbesondere mit Verfassungsrang. Die einfachste und naheliegendste Antwort darauf könnte lauten, weil anderenfalls die verhängte Strafe nicht mehr sinnvoll wäre (187). Angeschnitten wird damit die Frage nach dem Sinn und Zweck der Strafe.

Für diejenigen (188), die allein deshalb strafen wollen, um Schuld zu vergelten bzw. zu sühnen, versteht sich ein Satz "nulla poena sine culpa" wie von selbst. Wo keine Schuld ist, kann auch mit der Strafe nicht etwas vergolten bzw. gesühnt werden. Wenn dennoch Strafe verhängt wird, so verfolgt der Staat ganz offensichtlich andere Zwecke als den der Vergeltung. Wird jedoch der Betroffene als Mittel zu einem beliebigen staatlichen Zeck eingesetzt, wird dessen Persönlichkeit getroffen. Deshalb liegt die Annahme nahe, daß darin eine Verletzung der Menschenwürde gesehen werden muß.

Neigt man dagegen eher der Auffassung zu, daß Strafsanktionen lediglich spezial- oder auch generalpräventiv wirken sollen (189), dann dürfte die Kopplung der Strafe an die Schuld eher unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit

---

187) Sehr klar hat dies ROXIN (Kriminalpolitik S.33) einmal formuliert: "Wenn jemand...das von ihm verwirklichte tatbestandliche Unrecht nicht vermeiden konnte, ist eine Bestrafung vom Standpunkt jeder nur denkbaren Straftheorie zwecklos: Man kann fehlende Schuld nicht vergelten wollen; die Allgemeinheit von der Herbeiführung unvermeidbarer Folgen abschrecken zu wollen, hat keinen Sinn; und eine spezialpräventive Einwirkung auf einen Menschen, dem man sein Verhalten nicht vorwerfen kann, ist entweder unnötig oder, wie bei Geisteskranken, durch das Mittel der Strafe nicht zu erreichen.

188) Vgl. z.B. KAUFMANN, Schuldprinzip, S.207 m.w.N. in Anm.422.

189) Dazu ROXIN JuS 1966,377(379ff.).

betrachtet werden. Strafe ohne bzw. über das Maß der Schuld hinaus würde somit mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kollidieren, der nach h.M. im Rechtsstaatsprinzip begründet ist (190).

Wollte man die erstere Ansicht für richtig halten, also Strafe allein um der Schuld willen, so könnte dies nur dann überzeugend begründet werden, wenn gleichzeitig eine ganz bestimmte Auffassung vom Bild des Menschen akzeptiert würde, nämlich dem einer freiheitlichen und verantwortlichen Persönlichkeit, die fähig ist zur sittlichen Selbstbestimmung und zur Selbstverwirklichung. Diese auf KANT zurückgehende Lehre von der Autonomie der sittlich handelnden Person soll nun auch nach h.M. die Würde des Menschen ausmachen, die in Art.1 Abs.1 GG für unantastbar erklärt worden ist (191). Die Herleitung des Schuldprinzips aus Art.1 Abs.1 GG ergibt sich dann von selbst, denn die Mißachtung der Persönlichkeit wäre evident, wenn der Betroffene für ein Verhalten seitens des Staates in Anspruch genommen werden würde, welches er im strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht oder nicht in diesem Maße zu verantworten hätte.

Gegen diese dem Grundgesetz angeblich zugrundeliegende Auffassung vom Menschen hat bereits BADURA Stellung bezogen und dieser Ansicht widersprochen (192). An einem solch idealistischen Menschenbild ist in der Tat zumindest befremdend, daß nunmehr ihre Vertreter genötigt sind, besonders zu betonen und zu begründen, daß auch denjenigen, die diesem Ideal mehr oder weniger nicht entsprechen, wie z.B. die Verbrecher und die Geisteskranken, eine unantastbare Menschenwürde zuerkannt werden muß (193). Sollte es nicht gerade so sein, daß bereits von der Definition her sichergestellt wäre, daß auch der Asoziale und der Geisteskranke

---

190) Vgl. BVerfG NJW 1968,979(981); ausführlich darüber GENTZ NJW 1968,1600ff. und WITTIG DÖV 1968,817ff.

191) Vgl. NIPPERDEY, Grundrechte, S.1f.; v.MANGOLDT-KLEIN Art.1 Anm. III a,b (S.149f.); dazu BADURA JZ 1964,337(339).

192) In: JZ 1964,337ff.

193) Erkennbar z.B. bei NIPPERDEY, Grundrechte, S.2f. und v.MANGOLDT-KLEIN S.149ff.; vgl. auch BGH 5,332(333f.).

Menschen"würde" besitzen, also gerade diejenigen, bei denen sie am ehesten in Gefahr ist (194) ? Ebenso hat sich STRATENWERTH (195) speziell für das Strafrecht gegen eine derartige idealistische Auffassung vom Bild des Menschen gewandt, und zwar mit der einfachen Begründung, daß sonst an der Realität vorbeigesehen würde (196).

Andererseits ist gewiß anzuerkennen, daß der Schuldgrundsatz mit Art.1 Abs.1 GG in einem engen Zusammenhang steht. Dabei braucht nur an den Fall gedacht zu werden, daß eine überhohe und damit grausame Strafe bei geringem oder gar keinem Verschulden verhängt wird. Eine solche strafrechtliche Maßnahme wäre bestimmt menschen"unwürdig" (197). Jedoch die ausschließliche Bezugnahme auf Art.1 Abs.1 GG dürfte keine sichere Grundlage für eine verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips darstellen, wenn man z.B. auch an Strafsanktionen gegen juristische Personen denkt. Hier mit Menschenwürde argumentieren zu wollen, verbietet sich von selbst (198).

Deshalb erscheint es mir richtiger, den Schuldgrundsatz und dessen verfassungsrechtliche Absicherung aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip abzuleiten. Neben einer formalen Seite beinhaltet die Rechtsstaatsidee auch eine materielle. Der Rechtsstaat soll nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch der Gerechtigkeit dienen (199). In diesem Sinne kann nur eine solche Strafe als gerecht bezeichnet werden, die sich an einer Verhaltensweise orientiert, die rechtswidrig ist und die der Betroffene noch in irgendeiner Art zu verantworten hat, weil es ihm zuzumuten ist, dafür einstehen zu müssen. Diese Art von Verantwortlichkeit soll das, was allgemein als Schuld bezeichnet wird, darstel-

194) Diesen Gedanken äußert ebenfalls BADURA JZ 1964,337(341).

195) Vgl. STRATENWERTH, Strafrechtsreform, S.9ff.

196) A.a.O. S.11.

197) Vgl. RAISER JZ 1963,663ff.; dies hat die Rspr. mehrmals betont, so BVerfG 1,332(348); 6,389(439); BGH 16,282(290).

198) In seiner Grundsatzentscheidung konnte das BVerfG die Menschenwürde deshalb nicht erwähnen; vgl. dazu bereits oben S.78 Anm.183.

199) SCHLOSSER JZ 1958,526(529); zweifelnd dagegen SCHWAIGER, Dissertation, S.230.

len. Das Vorhandensein strafrechtlicher Schuld soll und muß daher die Strafgewalt des Staates beschränken, anderenfalls die Strafe grundsätzlich als ungerecht erscheinen müßte und damit rechtsstaatswidrig wäre.

Diese limitierende Funktion der Schuld ist in letzter Zeit wiederholt betont worden (200). Darüber hinaus wurde der Schuldgrundsatz direkt mit dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Verbindung gebracht (201), dem ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Deshalb könnte man fast sagen, daß der Satz "nulla poena sine culpa" im Bereich des Strafrechts als eine spezielle Ausgestaltung des allgemeinen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufzufassen wäre (202).

Dennoch dürfte es richtig sein, daß in diesem Zusammenhang auch Art.1 Abs.1 GG genannt wird. So ist z.B. KRAUSS zuzustimmen, wenn er sagt: "Die verfassungsrechtlichen General-

---

200) So z.B. HAAG S.35; HENKEL S.43; MAIHOFER S.146; ROXIN JuS 1966,377(384); NOLL S.22; WARDA, Ermessen, S.146f.

201) Vgl. z.B. BAUMANN, Strafrechtsreform, S.22: "Der Schuldgrundsatz des AE ist also nichts Metaphysisches, er gibt vielmehr eine Strafbarkeitsgrenze an, limitiert das Maß staatlicher Reaktion auf das Schuldangemessene. In etwa kann man sagen, daß der Schuldgrundsatz im Bereich der Strafe das ist, was der Proportionalitätsgrundsatz für die Maßregel darstellt".
Ähnlich auch ROXIN JuS 1966,377((389): "Das Schuldprinzip ist also, wenn man es von der Vergeltungstheorie trennt, mit der es meist irrigerweise als unlöslich verbunden angesehen wird, ein rechtsstaatlich unentbehrliches Mittel zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt.
Vgl. auch die Ausführungen von FURTNER NJW 1968,2228f.

202) Dagegen hat HAAG S.35f. insoweit Bedenken (kritisch auch STRATENWERTH, Tatschuld, S.27), weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - genaugenommen - besage, daß die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des Zweckes stehen dürfte, der damit erreicht werden soll, hier also die Spezialprävention. Wenn jedoch die Höhe der Strafe durch die Tatschuld begrenzt werden soll, so sei das nicht das gleiche. Dies ist insoweit richtig. Dennoch erscheint es gerechtfertigt, das Schuldprinzip als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen. Hier kommt der gleiche Gedanke zum Tragen, daß der Staat nicht zu einer Maßnahme greifen soll, die nicht in einem gerechten Verhältnis zu dem eigentlichen Anlaß für das staatliche Eingreifen steht. Einen ähnlichen Standpunkt dürfte übrigens auch das BVerfG einnehmen (vgl. NJW 1968,979(981)).

klauseln der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art.1 GG) und der Rechtsstaatlichkeit hoheitlichen Vorgehens (Art. 20 GG) heben grundsätzlich keine verschiedenen Sachverhalte hervor, erhellen vielmehr dieselbe verfassungsrechtliche Problematik nur unter verschiedenen Blickrichtungen: bald vom betroffenen Individuum her, bald vom handelnden Staat aus"(203). Letzten Endes dient auch das Rechtsstaatsprinzip nur dazu, die Menschenwürde zu wahren.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten: Der Satz "Keine Strafe ohne Schuld" gilt als Verfassungsrechtssatz. Als selbständiger, ungeschriebener Grundsatz mit Verfassungsrang dürfte er aus einer "Gesamtschau" der Art.1 und Art. 28 GG herzuleiten sein (204), wobei das Schwergewicht auf das Rechtsstaatsprinzip zu legen wäre. Auf dem Gebiet des Strafrechts kann das Schuldprinzip als eine besondere Ausgestaltung des allgemeinen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezeichnet werden.

6) Wenn somit feststeht, daß das strafrechtliche Schuldprinzip in der Verfassung verankert ist und daher der Gesetzgeber gehalten ist, diesen Grundsatz bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen, so könnte man nunmehr auch zu dem Ergebnis kommen, daß § 22 Abs.3 WStG nicht im Einklang mit den Forderungen der Verfassung steht, da diese Bestimmung dem Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" nicht gerecht wird. Ob deshalb § 22 Abs.3 WStG tatsächlich verfassungswidrig ist, ist damit jedoch noch nicht erwiesen. Bisher wurde lediglich die verfassungsrechtliche Geltung des Schuldprinzips nachgewiesen und damit die Möglichkeit be-

---

203) KRAUSS S.153 in Anm.5. Den engen Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip hat auch WINTRICH (S.18) betont.

204) Eventuell könnten hier zusätzlich noch Art.2 und 3 GG genannt werden. So will z.B. JESCHECK, Lehrbuch, § 3 II 2 (S.15) das Schuldprinzip allein durch Art.2 GG verfassungsrechtlich verankert sehen, ohne jedoch eine nähere Begründung zu liefern. Auf die enge Verbindung zwischen der Menschenwürde und dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit weist mit Recht bereits SCHLOSSER JZ 1958,526(528) hin; bezüglich Art.3 GG vgl. SCHLOSSER, Dissertation, S.35ff. Daß Art.4 GG unberücksichtigt bleiben muß, hat SCHLOSSER in JZ 1958,526(528f.) zutreffend ausgeführt.

jaht, daß eine Strafbestimmung im Hinblick hierauf überhaupt verfassungswidrig sein könnte. Dies ist die Grundvoraussetzung für alle derartigen Überlegungen. Eine endgültige Antwort ist damit noch nicht möglich (205). Die nächste Frage muß daher lauten, ob dieser verfassungsrechtliche Grundsatz absolut gilt, oder ob Ausnahmen zulässig sind. Durchaus denkbar wäre es, daß nur ganz eklatante Verletzungen des Schuldprinzips verfassungsrechtlich verboten wären (206).

Zuvor erscheint es jedoch angebracht, einmal aufzuzeigen, wie schwierig die Auslegung und damit die Anwendung eines derartigen u n g e s c h r i e b e n e n Verfassungssatzes ist. Dann dürfte klar werden, daß wir mit dem bisherigen Ergebnis für unsere konkrete Fragestellung noch nicht viel gewonnen haben. An Hand von fünf Beispielen soll dies veranschaulicht werden. In allen Fällen steht irgendwie das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprinzip bzw. Art.1 Abs.1 GG und die hier interessierende Problematik im Mittelpunkt. Dennoch gelangen die einzelnen Autoren zu ganz konträren Ergebnissen (207).

---

205) Bereits an dieser Stelle erscheint es zweckmäßig, darauf hinzuweisen, daß zwei Dinge bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung einer gesetzlichen Vorschrift streng auseinander gehalten werden müssen. Es mag z.B. rechtspolitisch wenig sinnvoll sein, eine Vorschrift zu schaffen, die das Schuldprinzip zumindest tangiert. Darüber läßt sich streiten. Eine andere Frage ist es jedoch, ob dem Gesetzgeber durch die Verfassung eine ganz bestimmte Art der Regelung eindeutig geboten bzw. verboten ist. Nur wenn dies uneingeschränkt bejaht werden muß, könnte eine Gesetzesbestimmung verfassungswidrig sein, weil dann dem Gesetzgeber kein Spielraum verblieben wäre.

206) Insoweit müßten hier eventuell ähnlich einschränkende Grundsätze aufgestellt werden, wie bei anderen ungeschriebenen Verfassungsrechtssätzen, die man aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, wie z.B. dem Gewaltenteilungsprinzip (vgl. BVerfG 3,225(247), 7,183(188), 9,268(279);MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.20 Rdnr.79;v.MANGOLDT-KLEIN S.599) und dem allgemeinen rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot von Gesetzen (vgl. BVerfG 13,261(271), 18,429(439), DÖV 1969, 424f.). Als jüngstes aktuelles strafrechtliches Beispiel dafür kann auf die lebhafte Debatte bezüglich der Verjährung von NZ-Morden hingewiesen werden; das BVerfG hat hier die Verfassungsmäßigkeit bejaht (vgl. BVerfG 25,269ff.).

207) Dem obigen Anliegen gemäß wurde auf eine vollständige Wie-

So sieht z.B. SCHWALM (208) nur das Vergeltungsstrafrecht als allein verfassungsmäßig an. Umgekehrt sehen HAAG und BAUER gerade darin eine Verletzung der Menschenwürde und halten es deshalb für verfassungswidrig (209).

Eine andere Problematik betrifft die Frage der schuldübersteigenden Strafe. So vertritt HARDWIG (210) die Auffassung, daß eine generalpräventive Erhöhung der Strafe über das Maß der Schuld hinaus verfassungsrechtlich zulässig wäre. Dagegen wenden sich gerade mit Nachdruck BADURA und STREE (211). Eher verständlich wäre dagegen, daß DREHER in einer Erhöhung der schuldangemessenen Strafe aus spezialpräventiven Gründen keinen Verstoß gegen die Menschenwürde erblicken kann (212), obwohl auch hier z.B. SCHLOSSER und STREE der Ansicht sind, daß dies gegen die Verfassung verstoßen würde (213). Im Gegensatz z.B. zu WARDA will GILSDORF den Grundsatz von der Schuldangemessenheit der Strafe ganz allgemein nicht als Verfassungsgrundsatz anerkennen (214).

---

dergabe des Meinungsstandes verzichtet, da hier lediglich veranschaulicht werden soll, daß überhaupt solch unterschiedliche Meinungen vertreten werden. Dabei wurden hauptsächlich Meinungsäußerungen aus letzter Zeit gegenübergestellt und zumeist auch solche, die gerade als Erwiderung bzw. als direkte Bezugnahme auf den anderen gedacht waren.

208) SCHWALM JZ 1970,487(489):"...das Wesen der Strafe als Vergeltung zugleich mit dem Schuldprinzip Verfassungsrang hat".

209) HAAG S.25:"Das Vergeltungsstrafrecht ist verfassungsrechtlich unzulässig". Vgl. BAUER, Das Verbrechen und die Gesellschaft, München (1957), S.205f.

210) Vgl. HARDWIG MSchrKrim 1959,1(12f.).

211) BADURA JZ 1964,337(344); STREE, Deliktsfolgen, S.40f.

212) DREHER JZ 1968,209(210):"Wieso eine auf Spezialprävention aufgebaute Strafzumessung, die dem Täter helfen will, sich sozial besser anzupassen, gegen die Menschenwürde verstoßen soll, wenn dabei die schuldangemessene Strafe überschritten wird, ist mir unerfindlich".

213) SCHLOSSER, Dissertation, S.67ff.(insbes. S.71); STREE, Deliktsfolgen, S.51ff.

214) Vgl. einerseits WARDA ZStW 71(1959),252(261) und andererseits GILSDORF JZ 1958,685(687).

Bei dem dritten Beispiel geht es um die Frage der Anerkennung eines allgemeinen übergetzlichen Schuldausschließungsgrundes der Unzumutbarkeit. WITTIG (215) glaubt, daß dies sogar verfassungsrechtlich geboten sei. Im Gegensatz zu seinen Ausführungen verneinen dies MAURACH und BLEI(216).

Zu dem Problem der Möglichkeit verfassungswidriger Mindeststrafen hat sich RAISER (217) ausführlich geäußert; interessant dazu ist die ablehnende Erwiderung von SEIBERT (218).

Zum Schluß zwei unterschiedliche Stellungnahmen zu unserem speziellen Problem. SCHLOSSER (219) hat die Verfassungswidrigkeit von § 22 Abs.3 WStG behauptet. Dieser Auffassung hat SCHÄFER (220) vehement widersprochen.

Im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip und im Hinblick auf eine oft angewandte verfassungsrechtliche Argumentation, mit der aus allgemeinen Sätzen der Verfassung Antworten auf sehr detaillierte Fragen hergeleitet und dann für allein verfassungsgemäß erklärt werden, hat DREHER das böse Wort von den Schwarzkünstlern gebraucht, "die aus einem Zylinder die wunderbarsten Figurinen hervorzaubern"(221). In

---

215) WITTIG JZ 1969,546(547):"So gesehen erscheint der allgemeine übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als Verwirklichung des Verfassungsgrundsatzes nulla poena sine culpa in atypischen Fällen, als Korrektiv also für eine notwendigerweise typisierende gesetzliche Regelung.

216) MAURACH, Lehrbuch AT, § 33 II B (S.390):"unzutreffend WITTIG, der einen übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit aus verfassungsrechtlichen Erwägungen herleiten will". Vgl. BLEI in einer kurzen Besprechung des Aufsatzes von WITTIG in JA 1969,665f.

217) RAISER JZ 1963,663ff.; vgl. dazu auch STREE, Deliktsfolgen, S.8 und FURTNER NJW 1968,2228f.

218) In: JZ 1963,749.

219) SCHLOSSER JZ 1958,526ff.

220) SCHÄFER, Ndschr. Bd.13,S.63: "...so erschien erst neulich in der Juristenzeitung ein Artikel, der den § 22 WStG in vollem Umfange für grundgesetzwidrig erklärt hat. Die Melodie, etwas verstoße gegen den Schuldgrundsatz und sei unerträglich, ist mir eigentlich seit Jahrzehnten bekannt und geläufig". Ähnlich RITTAU Wehrw. Rdsch. 1961,125ff.

221) DREHER JZ 1968,209(210); das volle Zitat lautet: "Im Gegensatz zur Weimarer Zeit....ist es heute Mode geworden, aus

Abetracht der soeben angeführten Beispiele dürfte dieser Eindruck vielleicht nicht völlig unberechtigt sein. Daher sollen die Worte DREHER's als stillschweigende Warnung für die nachfolgenden Überlegungen verstanden werden, in einen (ungeschriebenen) Verfassungsrechtssatz nicht vorher etwas hineinzuinterpretieren, um es anschließend als reines Auslegungsergebnis - seinerseits nunmehr verfassungsrechtlich abgesichert - wiederzugewinnen.

II. Der Anwendungsbereich des Verfassungsrechtssatzes "Keine Strafe ohne Schuld

1) Daß die staatliche Strafgewalt auch durch das Schuldprinzip vom Grundgesetz her begrenzt ist, davon ist im folgenden auszugehen. An dieser Stelle taucht nun die Frage auf, wie weit reicht die verfassungsrechtliche Absicherung des im Strafrecht anerkannten Schuldprinzips bzw. welche Folgerung sind aus der verfassungsrechtlichen Geltung zu ziehen und welche Verpflichtung ergibt sich daraus für den Gesetzgeber. Hier beginnen die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs.3 WStG. Wäre der Gesetzgeber tatsächlich von der Verfassung her verpflichtet gewesen, hier dem unvermeidbaren Verbotsirrtum strafausschließende Wirkung zuzuerkennen ?

Um welches Problem es sich hier in diesem Abschnitt handelt, soll an Hand von zwei Beispielen verdeutlicht werden. Müßte es z.B. bejaht werden, daß der Gesetzgeber durch das Grundgesetz praktisch gezwungen gewesen ist, den jetzigen § 56 StGB in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Oder ist seinerzeit der BGH im Hinblick auf die Verfassung verpflichtet gewesen, mit der Irrtumsrechtsprechung des

---

sehr allgemeinen Sätzen des Grundgesetzes exakte Regeln für die detailliertesten Fragen herzuleiten. Diese Methode - sie erinnert mich immer an Schwarzkünstler, die aus einem Zylinder die wunderbarsten Figurinen hervorzaubern - ist ebenso angreifbar wie gefährlich. Man verlangt von allgemeinen Sätzen der Verfassung zuviel, wenn man von ihnen Antwort auf alle möglichen Einzelfragen erwartet. Und es ist gefährlich, solche Antworten doch zu konstruieren und dann verfassungsfest zu erklären".

Reichsgerichts zu brechen und den unvermeidbaren Verbotsirrtum grundsätzlich als Schuldausschließungsgrund anzuerkennen (222). In beiden Fällen lautet die entscheidende Frage, war dies von Verfassungs wegen unbedingt geboten, weil alles andere verfassungswidrig gewesen wäre.

2) Anlaß zu diesen Überlegungen gab eine Bemerkung von GILSDORF (223), die folgendermaßen lautet: "Die Anerkennung des Schuldgrundsatzes als Verfassungsnorm darf allerdings nicht dazu führen, nunmehr sämtlichen Regeln der heutigen strafrechtlichen Schuldlehre Verfassungsrang zuzuerkennen. Ob der Schuldbegriff z.B. auch durch die sogenannte Lebensführungsschuld erfüllt wird oder Verbotskenntnis voraussetzt, sind Fragen, die auf dem Boden des Strafrechts ausgetragen werden müssen".

Neben GILSDORF, der diesem Gedanken am deutlichsten Ausdruck verliehen hat, sind an dieser Stelle auch DÜRIG, NIPPERDEY und WINTRICH zu nennen. Im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldprinzips sprechen sie davon, daß eine Strafe grundsätzlich nur bei strafrechtlichem Verschulden des Täters verhängt werden dürfe (224). Gegen diese "bedenkliche Aufweichung" wendet sich allerdings HAMANN (225).

Die soeben genannten Autoren übernehmen dabei fast wörtlich den Leitsatz Nr.4 einer Entscheidung des BayVerfGH. Auch hier wird davon gesprochen, daß ein Strafübel grundsätzlich nur bei Verschulden verhängt werden dürfe (226). Dabei ist zunächst nicht ganz klar, ob gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich sind. Diese Zweifel werden indes beseitigt, wenn das Gericht am Ende schließlich folgendes feststellt: "In aller Regel wird die Einhaltung und Bemessung dieser Grundsätze Sache des Gesetzgebers

---

222) Falls dies zu bejahen wäre, ist es verwunderlich, daß der BGH in dieser Entscheidung das Grundgesetz ebenso wie die Menschenwürde mit keinem Wort erwähnt (vgl. BGH 2,194ff.).

223) GILSDORF JZ 1958,685(686).

224) Vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.1 Rdnr.32; NIPPERDEY, Grundrechte, S.32; WINTRICH S.18.

225) HAMANN, Strafgesetzgebung, S.17.

sein. Wo er jedoch klar und offenkundig gegen sie verstößt, verstößt er zugleich gegen die Verfassung"(227). Diesen letzten Satz haben DÜRIG und NIPPERDEY auch ausdrücklich mitübernommen (228). Ergibt sich jedoch die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung nur dann, wenn es sich dabei um einen "klaren und offenkundigen Verstoß" handelt, so läßt sich daraus eindeutig folgern, daß es auch nicht so klare und offenkundige Verstöße geben kann. Da diese gleichwohl als Verstoß gegen den genannten Grundsatz angesehen werden müssen, ergibt sich zwangsläufig, daß das Gericht der Ansicht sein muß - weil ja bei leichteren Verstößen keine Verfassungswidrigkeit hergeleitet werden kann - , daß die Geltung des strafrechtlichen Verschuldensprinzips lediglich in einem Kernbereich verfassungsrechtlich abgesichert sein dürfte. Demnach wären im Hinblick auf das Schuldprinzip nur ganz eklatante Verletzungen verfassungsrechtlich verboten. Obwohl sich GILSDORF nicht auf diese Entscheidung bezieht, dürfte dies sicherlich auch seiner Auffassung entsprechen.

Ähnlich argumentiert Arthur KAUFMANN von seinem naturrechtlichen Ansatzpunkt her. Er schreibt: "Da das Schuldprinzip ein absoluter, unabdingbarer sittlicher Grundsatz ist,sind Normen und Maßnahmen, die ihm zuwiderlaufen, ungültig, sie sind Nicht-Recht. Eine solche Ungültigkeit kann aber nur da angenommen werden, wo der Widerspruch zum Schuldprinzip so eklatant ist, daß er sich unter keinen denkbaren vernünftigen Gesichtspunkt in Frage stellen läßt"(229). Dies nimmt er z.B. dann an, wenn Menschen lediglich ihrer Rassezugehörigkeit wegen eingesperrt werden.

Schließlich müßte hier noch eine Äußerung von KRAUSS (230) wiedergegeben werden. Im Zusammenhang mit dem (verfassungsrechtlichen) Grundsatz der Unschuldsvermutung führt er aus:

---

226) Vgl. Verw.Rspr. 3,145.

227) BayVerfGH Verw.Rspr. 3,145.

228) Jeweils a.a.O. (Anm.224).

229) KAUFMANN, Schuldprinzip, S.210.

230) KRAUSS S.164f.

"Er teilt diese verfassungskräftige Bedeutung als 'Zielformel' beispielsweise mit dem ihm eng verwandten materiellen Schuldprinzip, das ebenfalls verkannt wird, wenn man in dem Bestreben, ihm einen in allen Punkten bereits vollziehbaren Gehalt zu geben, seinen Inhalt von vornherein so bestimmt, daß er die wesentlichen Grundsätze des geltenden Strafrechts gerade noch abdeckt".

3) Der Kernbereich des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes, der dann nach allen vertretenen Meinungen in jedem Fall als verfassungsrechtlich verankert angesehen werden müßte mit der Folge, daß anderenfalls die Regelung verfassungswidrig genannt werden müßte, dürfte ungefähr folgender sein:

(1) Verfassungsrechtlich zulässig wäre nur die sog. "U n r e c h t s"strafe (231). Das heißt, strafbar kann nur das sein, was materielles Unrecht darstellt, denn nur dieses kann schuldhaft verwirklicht werden. Verbietet der Gesetzgeber etwas und knüpft daran eine Straffolge, für das der Betroffene persönlich nichts "kann", so wäre diese Bestimmung verfassungswidrig (232).

(2) Unzulässig wäre es auch, wenn grundsätzlich und in allen Fällen das Verhängen von Straffolgen stets dann möglich sein soll, wenn bereits ein objektiv mißbilligtes Verhalten bzw. ein schädlicher Erfolg als festgestellt gilt (233).

(3) Auf Grund der Verfassung wäre es verboten, Strafmaßnahmen an das schuldhafte Verhalten eines Dritten zu knüpfen, obwohl sich der Betroffene diese Verhaltensweise nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht zuzurechnen lassen braucht und deshalb insoweit selbst

---

231) Vgl. dazu SCHLOSSER, Dissertation, S.64 und 92.

232) Hier könnte an einige Strafbestimmungen aus der nationalsozialist. Zeit erinnert werden. Ein krasser Fall wäre die "Bestrafung" von Menschen allein wegen ihrer Rassezugehörigkeit; vgl. dazu auch KAUFMANN, Schuldprinzip, S.210.

233) Vgl. GILSDORF JZ 1958,685(686); ähnlich SCHLOSSER, Dissertation, S.94.

nicht in schuldhafter Weise gehandelt hat (234). Dieser Sachverhalt lag auch der Grundsatzentscheidung des BVerfG zu Grunde, als es dem Satz "nulla poena sine culpa" Verfassungsrang zuerkannte (235).

(4) Eine Vorschrift wie § 51 StGB müßte vom Verfassungsrecht her als zwingend geboten angesehen werden(236). Nur wenn der Täter in diesem Sinne zurechnungsfähig gewesen ist, daß er auf Grund der biologischen und psychologischen Voraussetzungen in der Lage war, das Unrecht zu erkennen und zu vermeiden, kann er in vorwerfbarer Weise und damit schuldhaft gehandelt haben.

(5) Mit der Verfassung nicht mehr vereinbar wäre auch eine zu große Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der Strafzumessung (237), und zwar dann, wenn es wirklich so wäre, daß man tatsächlich sagen könnte, daß an diesem Täter ein Exempel statuiert worden ist, um die Allgemeinheit vor der Begehung derartiger Straftaten abzuschrecken. In diesem Fall wäre es durch nichts zu rechtfertigen, daß gerade diesen Täter diese harte Strafe treffen soll, obwohl diejenigen vor ihm lediglich eine milde Strafe bekamen und diejenigen nach ihm mit einer glimpflicheren Strafe davon kommen werden.

(6) Schließlich dürfte es auch nicht im Einklang mit der Verfassung stehen, wenn im Verhältnis zu dem verwirklichten Unrecht generell übermäßig hohe Strafen angedroht werden, die dann schon als grausam angesehen

---

234) Vgl.hierzu v.WEBER, Grundriß, S.108f.;BayVerfGH Verw.Rspr. 3,145(150); diese Frage wird oft bei der sog. Drittteinziehung relevant, vgl. GILSDORF JZ 1958,685(686); ausführlich hierzu auch SCHLOSSER, Dissertation, S.79ff.

235) BVerfG 20,323ff.; vgl. jedoch die ablehnende Anmerkung von ADOMEIT NJW 1967,1994ff.

236) So auch HAMANN, Strafgesetzgebung, S.17; nach SCHLOSSER, Dissertation, S.155 soll es sich bei § 52 StGB auch um eine derartige Vorschrift handeln.

237) Ausführlich darüber BADURA JZ 1964,337ff.; STREE, Deliktsfolgen, S.38ff.; WARDA, Ermessen, S.163ff.

werden müßten. Hier handelt es sich um das Problem der verfassungswidrigen Mindeststrafen (238).

Ob die ausdrückliche Anerkennung des unvermeidbaren Verbotsirrtums als Schuldausschließungsgrund durch den Gesetzgeber noch zu diesem verfassungsrechtlich abgesicherten Kernbereich des Schuldprinzips gehört, könnte bereits zweifelhaft sein. SAX hat dies grundsätzlich bejaht (239). GILSDORF meldet hiergegen Bedenken an. Diese Äußerung ist für uns deshalb sehr interessant, weil sie auch als Erwiderung auf die von SCHLOSSER geäußerte Meinung gedacht ist und daher auch zu der hier zu lösenden Problematik Stellung nimmt. GILSDORF schreibt u.a.: "Daher mögen gewisse Bedenken erlaubt sein an den Folgerungen, die SCHLOSSER aus dem Verschuldensgrundsatz zieht. Gehört die gewiß berechtigte Forderung nach Anerkennung des Verbotsirrtums wirklich noch zu dem verfassungsrechtlich geschützten Kernbestand des Schuldgrundsatzes?"(240).

4) Hier tritt ganz deutlich die Auffassung zu Tage, daß es zwar rechtspolitisch u.U. sinnvoll wäre, den Verbotsirrtum anzuerkennen, aber andererseits es sehr fraglich erscheint, ob sich diese Forderung noch aus der Verfassung herleiten läßt, verbunden mit der Konsequenz, daß anderenfalls eine Vorschrift wie der § 22 Abs.3 WStG möglicherweise verfassungswidrig sein könnte. Müßte den Ausführungen von GILSDORF zugestimmt werden, dann könnten die verfassungsrechtlichen Erörterungen bereits hier abgebrochen werden. Die Regelung des § 22 Abs.3 WStG könnte nicht grundgesetzwidrig sein.

Eine derartige "Zurückdrängung" der verfassungsrechtlichen Geltung des strafrechtlichen Schuldprinzips muß jedoch für bedenklich gehalten werden. Weil es sich bei dem Verschuldensgrundsatz um einen sehr wesentlichen Grundsatz - der BGH spricht sogar von einem "unantastbaren" Grundsatz(241) -

---

238) Vgl. hierzu RAISER JZ 1963,663ff.; FURTNER NJW 1968,2228f.; BayVerfGH Verw.Rspr. 3,145(150); BVerfG 23,127(133f.).

239) SAX, Grundrechte, S.947ff.

240) GILSDORF JZ 1958,685(686 in Anm.55).

241) BGH 2,194(202).

des Strafrechts handelt, ist es erforderlich, den Gesetzgeber anzuhalten, dieses Prinzip nach Möglichkeit vollständig zu verwirklichen.

Eine Verpflichtung dies zu tun, besteht jedoch nur dann, wenn das Grundgesetz dem Gesetzgeber dies gebietet. Grundsätzlich wird dieses Gebot auch bejaht. Folgt man jedoch der Auffassung, daß durch das Verfassungsrecht lediglich der Kernbereich des strafrechtlichen Schuldprinzips geschützt wird, so würde dieser Grundsatz letztlich - verfassungsrechtlich gesehen - leerlaufen, denn die Fälle, die dann als mit diesem ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz nicht in Einklang stehend angesehen werden müßten, können zumeist bereits aus anderen Erwägungen heraus als verfassungswidrig bezeichnet werden. Einer Herleitung und Anerkennung eines ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Grundsatzes "Keine Strafe ohne Schuld" hätte es somit eigentlich nicht bedurft.

Dieser ganze Aufwand läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn anerkannt wird, daß die verfassungsrechtliche Geltung dieses Satzes nicht nur den Kernbereich umfaßt, sondern weitreichender ist. Anderenfalls könnte der Gesetzgeber in diesen Randbereichen auch "ungestraft" gegen das im Strafrecht grundsätzlich anerkannte Verschuldensprinzip verstoßen. Derartige gesetzliche Bestimmungen müßten stets als wirksam angesehen werden, solange der eigentliche Kernbereich unberührt bliebe; eine verfassungsrechtliche Überprüfung wäre von vornherein zwecklos.

Wenn hier für die weiterreichende verfassungsrechtliche Geltung des Schuldgrundsatzes plädiert wird, so wird damit eventuell sehr leicht der Verdacht hervorgerufen - wir erinnern uns der Worte von DREHER - , daß hier doch wieder etwas "hervorgezaubert" wird, was letzten Endes gar nicht vorhanden ist. Dem muß jedoch mit folgender Erwägung widersprochen werden:

Die Gründe, weshalb der Schuldgrundsatz im Strafrecht anerkannt wird und nach Möglichkeit verwirklicht werden soll, sind ähnliche bzw. die gleichen, die dazu führten, die verfassungsrechtliche Geltung des Satzes "nulla poena sine

culpa" überhaupt zu begründen. Wenn das Strafrecht weitestgehend dem Rechtsgüterschutz dienen soll und dem Täter mit einer Strafmaßnahme eine Rechtsgüterverletzung zum Vorwurf gemacht wird, so erscheint dies eben grundsätzlich nur dann gerechtfertigt und somit als "gerechte" Strafe, wenn der Betreffende auch schuldhaft gehandelt hat. Somit soll durch die Anerkennung des Verschuldensgrundsatzes dem möglichen Strafeverlangen des Staates Schranken gesetzt werden, und zwar aus Gründen der Gerechtigkeit.

Eine derartige Schranke besteht verbindlich und verpflichtend für den Gesetzgeber nur dann, wenn ihm dies die Verfassung gebietet. Unter diesem Blickwinkel scheint es vielmehr so, daß hier nicht etwas in einen ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz hineininterpretiert wird, was er vielleicht gar nicht enthält bzw. nicht enthalten kann, sondern hier nur etwas folgerichtig weiter- und zu Ende gedacht wird. Nur, und das müßte wohl auch festgehalten werden, dürfte es sicherlich so sein, daß - wenn überhaupt, was sogleich festgestellt werden soll - in den Randbereichen eine Durchbrechung des Schuldprinzips verfassungsrechtlich eher zulässig sein dürfte als in dem eigentlichen Kernbereich. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre der Gesetzgeber jedoch von vornherein gezwungen, hierfür eine tragfähige Begründung zu liefern. Diesem Begründungszwag unerläge er nie, wenn der engeren Aufassung gefolgt würde. Auch dies dürfte ein Grund sein, für eine weiterreichende Geltung einzutreten.

Als Ergebnis kann daher zunächst festgestellt werden: Die verfassungsrechtliche Geltung des ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes "nulla poena sine culpa" reicht über den eigentlichen Kernbereich des strafrechtlichen Schuldprinzips hinaus. Dies hat die Wirkung, daß der Gesetzgeber grundsätzlich auch in den Randbereichen von der Verfassung her gezwungen ist, diesen Grundsatz rechtsstaatlichen Strafens zu beachten, wenn sich nicht anderenfalls seine Entscheidungen möglicherweise den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gefallen lassen müssen. Auf Grund dieser An-

nahme ergibt sich die spezielle Feststellung, daß es sich als Folgerung aus dem verfassungsrechtlich abgesicherten Schuldprinzip als ein Verfassungsgebot darstellt, dem unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht grundsätzlich von vornherein jegliche Bedeutung abzuerkennen, vielmehr dürfte es gerade umgekehrt sein. Zu klären bleibt somit nur noch, ob dieses Gebot absolut gelten soll oder ob Ausnahmen zulässig sind.

III. Die Frage nach der absoluten Geltung dieses Verfassungsgrundsatzes

1) Mit der soeben gestellten Frage berühren wir die eigentliche verfassungsrechtliche Problematik, nämlich jetzt müssen wir definitiv zu der Frage Stellung nehmen, wie weitreichend die Verpflichtung des Gesetzgebers durch die Verfassung nun tatsächlich ist. In welchem Maße ist er von dem Grundgesetz her verpflichtet, den strafrechtlichen Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" zu verwirklichen und bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen. Mit anderen Worten, wann muß bzw. kann nun gegebenenfalls eine Gesetzesbestimmung deshalb für verfassungswidrig erklärt werden.

Die einfachste und klarste Antwort hierauf könnte lauten, daß immer in den Fällen, wo eine Strafe ohne strafrechtlich relevante Schuld verhängt werden soll, auch eine Verletzung des Verfassungsrechtssatzes "nulla poena sine culpa" vorliegt. Dann müßten alle Strafmaßnahmen, die diesem Strafrechtsgrundsatz widersprechen, als nicht mehr verfassungsmäßig angesehen werden. Andererseits wären alle gesetzlichen Vorschriften, die so etwas ermöglichen könnten bzw. sollen, verfassungswidrig. Müßte dies als richtig anerkannt werden, dann stände die Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG ohne weiteres fest, und damit gleichzeitig die Tatsache, daß diese Vorschrift von den Gerichten wegen dieses Verfassungsverstoßes nicht anwendet werden dürfte (242). Unsere verfassungsrechtlichen

242) Da es sich bei § 22 Abs.3 WStG nicht um vorkonstitutionelles Recht handelt, könnte das erkennende Gericht die Grundgesetzwidrigkeit nicht selbst feststellen, sondern

Erörterungen müßten dann an dieser Stelle zwangsläufig abgebrochen werden. Eines Eingehens auf die Gründe, weshalb sich der Gesetzgeber zu dem Erlaß einer solchen Vorschrift entschlossen hatte, kann es dann nicht mehr bedürfen (243).

Voraussetzung dafür wäre, daß der Verfassungsrechtssatz "Keine Strafe ohne Schuld" tatsächlich in diesem Sinne als absolut geltend angesehen werden kann. Nur dann müßten Ausnahmen in jedem Fall von der Verfassung her als unzulässig betrachtet werden und könnten keinesfalls in Betracht gezogen werden. Der Gesetzgeber wäre verpflichtet, jede Strafbestimmung zu unterlassen, die irgendwie Strafe ohne Schuld ermöglichen könnte. Letztlich würde dies darauf hinauslaufen, daß das strafrechtliche Schuldprinzip nicht nur in seinem Kernbereich - wie eine Mindermeinung glaubt - , sondern in vollem Umfang verfassungsrechtlich abgesichert wäre. Ob man dem Verfassungsrechtssatz "Keine Strafe ohne Schuld" wirklich diese umfassende, absolute Geltung zuerkennen kann bzw. sogar muß, ist zumindest zweifelhaft. Dies wird man wohl auch nicht von vornherein grundsätzlich bejahen können, ohne sich eventuell doch dem Vorwurf der "verfassungsrechtlichen Zauberei" auszusetzen.

2) Soweit ersichtlich wurde eine derart rigorose Auffassung bisher noch nicht vertreten, wenn man diejenigen berücksichtigt, die sich mit dem Schuldprinzip und dessen Grenzen etwas intensiver beschäftigt haben. Stattdessen läßt sich eine differenzierende Betrachtungsweise feststel-

---

müßte das Verfahren aussetzen und diese Frage gemäß Art. 100 Abs.1 Satz 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen.

243) Obwohl es den Anschein hat, als ob SCHLOSSER in JZ 1958, 526(529) noch von einer absoluten Geltung ausgeht, setzt er sich doch mit diesen Gründen auseinander, was sicherlich inkonsequent wäre, wenn dieser Grundsatz in dieser Weise absolute Geltung beanspruchen würde.
Möglicherweise steht das BVerfG auf einem derart absoluten Standpunkt, dies wirft jedenfalls ADOMEIT (NJW 1967, 1994(1995)) in einer Besprechung der Grundsatzentscheidung (BVerfG 20,323ff.) dem Gericht als unhaltbar vor.

len (244). Selbst SCHLOSSER, der gewiß den Standpunkt vertritt, daß dem Satz "nulla poena sine culpa" eine sehr weitreichende verfassungsrechtliche Bedeutung zukommen muß, scheint nicht von einer grundsätzlich absoluten Geltung in der Weise auszugehen, daß Ausnahmen strikt unzulässig wären (245). Denn immer wieder versucht er, lediglich die Argumente zu widerlegen, die angeführt werden, um in einigen Zweifelsfällen eine Durchbrechung zu begründen. Jedoch entbindet diese Tatsache nicht von der Verpflichtung, nach Gründen zu suchen, die gegen eine, Ausnahmen prinzipiell als unzulässig erscheinende, also absolute Geltung des verfassungsrechtlich abgesicherten Schuldprinzips angeführt werden können. Denn bestimmt spricht auf den ersten Blick viel dafür, doch eine so rigorose Haltung einzunehmen. Warum dies möglicherweise anders sein könnte, dieser Frage gelten die nachfolgenden Untersuchungen.

a) Wohl ein Grund, der gegen eine absolute Geltung spricht, dürfte in dem strafrechtlichen Schuldprinzip selbst liegen. Gemeint ist die Geschichtlichkeit dieses Grundsatzes. Hierauf hat Arthur KAUFMANN (246) wohl zu Recht bereits aufmerksam gemacht und darin eine wesentliche Grenze der absoluten Verwirklichung des Schuldprinzips gesehen.

Diese Problematik wird hauptsächlich durch das Stichwort "Schuldhaftung und Erfolgshaftung" gekennzeichnet. Immer wieder begegnet man dem Satz, daß sich das Strafrecht weg von einem Erfolgsstrafrecht hin zu einem Schuldstrafrecht entwickelt habe (247). Daran ist sicherlich soviel rich-

---

244) Vgl. z.B. KAUFMANN, Schuldprinzip, S.212ff.; MÜLLER-DIETZ (passim und insbes. S.75ff.); SALM S.176ff.; SCHLOSSER, Dissertation, S.158ff. Anders jedoch OLG München NJW 1963, 1410(1412), wo es heißt:"...als der Satz Strafe setze Schuld voraus,...zum gesicherten Bestand rechtsstaatlicher Grundsätze gehört und einen Eingriff, der nur mit Bedürfnissen der Praxis begründet wird, schlechthin ausschließt".

245) Vgl. dazu die Bemerkung auf S.159 seiner Dissertation.

246) Schuldprinzip, S.217ff.

247) So z.B. v.WEBER, Grundriß, S.106; HAFTER § 21 (S.106). Ausführlich darüber NASS, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, Neuwied (1963).

tig (248), daß das, was unter Schuld zu verstehen ist bzw. verstanden werden soll, im Laufe der Zeit immer klarer und deutlicher herausgearbeitet worden ist (249). Der Schuldbegriff hat dabei immer wieder eine feinere Unterscheidung erfahren. Diese Entwicklung ist nicht zu übersehen. So wurde z.B. vor noch nicht allzu langer Zeit die Beachtlichkeit des Verbotsirrtums geleugnet (250). Heute ist die schuldausschließende Wirkung des unvermeidbaren Verbotsirrtums grundsätzlich anerkannt (251). Deshalb kann Arthur KAUFMANN auch mit gutem Recht behaupten: "Nur eine Blindheit gegenüber der Geschichtlichkeit des Rechts könnte zu der Auffassung führen, daß unsere heutige Irrtumslehre eine 'ewige Wahrheit' sei, die für alle Zeiten maßgeblich bleiben müßte".(252).

Diese Weiterentwicklung und Verfeinerung des Schuldbegriffs hatte GILSDORF möglicherweise im Auge, als er davon sprach, daß die Anerkennung des Satzes "Keine Strafe ohne Schuld" als Verfassungsgebot nicht dazu führen dürfe, nunmehr allen Regeln der derzeitigen strafrechtlichen Schuldlehre V e r f a s s u n g s r a n g zuzuerkennen (253). Im Hinblick auf diese Entwicklung und im Hinblick darauf, wieviele Fragen im Bereich der strafrechtlichen Schuld umstritten sind, dürften gewiß Bedenken bestehen, jeden neuen Erkenntnissen sogleich Verfassungsrang zuzugestehen, da es immerhin auch möglich wäre, daß es sich hierbei um Fehlentwicklungen handeln könnte.

Diese Art von Geschichtlichkeit spräche jedoch noch nicht unbedingt gegen eine absolute Geltung, wenn es tatsächlich

---

248) Daß es in diesem Sinne ein reines Erfolgsstrafrecht nie gegeben haben dürfte, daß allein wegen des Erfolges bestraft worden ist, ohne auch Schuld vergelten zu wollen, darauf weist KAUFMANN, Schuldprinzip, S.218 hin, ebenso HAFTER S.106.

249) LANG-HINRICHSEN GA 1957,1(5).

250) Nachweise bei Armin KAUFMANN S.186.

251) Dies trifft u.a. auf Deutschland zu. In anderen Ländern bleibt der Verbotsirrtum unberücksichtigt. Vgl. die kurze Übersicht bei JESCHECK, Lehrbuch, § 41 IV 2 (S.307f.).

252) Schuldprinzip, S.223.

253) JZ 1958,685(686); siehe bereits oben im Text.

ein material einzig richtiges Schuldstrafrecht gäbe, welches zur Zeit lediglich noch nicht vollständig entdeckt und erkannt wäre, sondern welches teilweise für uns noch verborgen wäre. Gegen eine derartige Auffassung wendet sich Arthur KAUFMANN mit dem Hinweis, daß der Schuldbegriff selbst wandelbar sei (254). Die Verwirklichung der Schuldidee, ihre Konkretisierung in Zeit und Raum führt nicht immer zu denselben Ergebnissen (255). Auch BAUMANN spricht davon, daß Schuld abhängig sei von der "historischen Sozialsituation"(256).

Diese Art von Relativität des Schuldbegriffs, diese Abänderbarkeit des Inhalts des Schuldbegriffs und damit dessen eigentliche Geschichtlichkeit spricht sicherlich dagegen, stets und sofort die Verfassung zu bemühen, wenn der Nachweis einer "schuldlosen" Bestrafung geglückt ist. Hierin muß dann wohl auch der eigentliche Grund gesehen werden, weshalb man in diesem Sinne nicht von einer absoluten Geltung des Verfassungsgebotes "Keine Strafe ohne Schuld" sprechen kann. Einige der folgenden Gründe müßten wohl letztlich auch im Lichte dieser Geschichtlichkeit des Schuldprinzips gesehen werden.

b) Im engen Zusammenhang damit steht die relative Unbestimmtheit des Schuldgrundsatzes. Dies soll an Hand von drei Beispielen verdeutlicht werden:

Zunächst dürfte die Tatsache bemerkenswert sein, daß in vielen ausländischen Strafrechten gleichsfalls der Satz "nulla poena sine culpa" als elementarer Grundsatz des Strafrechts anerkannt wird (257). Um so erstaunlicher ist es, wie in überaus unterschiedlicher Weise das Schuldprinzip in den einzelnen Ländern verwirklicht ist. Dies zeigt

254) Vgl. Schuldprinzip, S.220.

254) Interessant z.B. die Definition der Schuld in § 5 Abs.1 StGB der DDR: "Eine Tat ist schuldhaft begangen, wenn der Täter trotz der ihm gegebenen Möglichkeit zu gesellschaftsmäßigem Verhalten durch verantwortungsloses Handeln den gesetzlichen Tatbestand eines Vergehens oder Verbrechens verwirklicht".

256) In: Streitschriften II, S.116; ähnlich HENKEL S.30.

257) Vgl. LANG-HINRICHSEN, Materialien, S.385ff. und JESCHECK, Lehrbuch, § 3 I 2 (S.13f., besonders in Anm.8).

sich in den verschiedenartigen Schuld- und Irrtumslehren. Darüber hat LANG-HINRICHSEN kurz aber sehr anschaulich berichtet (258). Hier geht es nicht so sehr darum, aufzuzeigen, wo nun eigentlich die Unterschiede liegen. Wichtig ist vielmehr, zu erkennen, daß trotz einer gleichen Annahme - nämlich des Satzes "Keine Strafe ohne Schuld" - soviel Differenzierungen und verschiedenartige Ausgestaltungen angetroffen werden, obwohl man meinen könnte, daß im wesentlichen eine ähnliche Regelung zu erwarten gewesen wäre. Mit Sicherheit ist auch anzunehmen, daß eine Regelung, die in einem Land als mit dem Schuldprinzip nicht im Einklang stehend angesehen wird, dagegen in einem anderen Land gleichwohl als richtig und das Schuldprinzip nicht verletzend aufgefaßt wird. Dies spricht für die Annahme, daß dieser strafrechtliche Grundsatz im gewissen Maße unbestimmt sein muß. Dann kann es der Verfassungsrechtssatz jedoch nicht weniger sein.

Als zweites Beispiel bietet sich ein in letzter Zeit heftig geführter dogmatischer Streit zur Verdeutlichung dessen an, was hier gemeint ist. Dabei ging es um die Frage, ob unverschuldete Erfolge anläßlich einer Straftat bei der Strafzumessung berücksichtigt werden können. Der Große Senat des BGH hatte diese Frage bejaht (259). Teilweise wurde diese Entscheidung in der Literatur als mit dem Schuldprinzip unvereinbar bekämpft (260). Dieser Streit ist jetzt durch den Gesetzgeber in § 13 Abs.2 StGB gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung entschieden worden (261). Daß er jedoch überhaupt aufkommen konnte, spricht

---

258) LANG-HINRICHSEN, Materialien, S.381ff.

259) BGH 10,259ff., ebenso BGH 16,124(127), MDR 1958,15, MDR 1968,895; früher bereits RG JW 1933,1131, JW 1937,3217; in der Literartur zustimmend: BAUMANN, Lehrbuch, § 42 I 4 b (S.684) und Streitschriften I S.150; SAUER GA 1957, 129ff.; BUSCH LM Nr.33 zu § 267 StPO; SALM S.41.

260) LANG-HINRICHSEN ZStW 73(1961),210(214ff.), bereits vorher in GA 1957,1ff.; HEINITZ JZ 1958,175f. in einer Anm. zu dieser Entscheidung; ebenso v.WEBER MDR 1957,693f.; vgl. auch JESCHECK, Lehrbuch, § 80 I 3 (S.567) und MÜLLER-DIETZ S.18f.,80f. jeweils mit weiteren Nachweisen.

261) DREHER, StGB, Anm.5 B c undKOFFKA in LK Rdnr.44 zu § 13.

nicht für eine allzu große Bestimmtheit des Schuldprinzips.

Mit dem vorangegangenen Beispiel hängt eng das letzte zusammen. Es geht um die sog. erfolgsqualifizierten Delikte und den § 56 StGB. BAUMANN (262) hat diese Vorschrift sogar als Überspitzung des Schuldgedankens bezeichnet. Immerhin scheint ihm auch in der von der h.M. entschieden abgelehnten Versarihaftung (263) ein richtiger Kern zu stecken (264). Damit stimmt BAUMANN sehr mit der Auffassung von WEGENER überein (265). Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers, den § 56 StGB zu schaffen, hätte BAUMANN demnach bestimmt verneint (266). Ob diese Ansicht zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben. Hier ging es allein darum, aufzuzeigen, daß das strafrechtliche Schuldprinzip trotz seines eindeutigen und klaren Wortlautes doch zu erheblichen Meinungsunterschieden Anlaß gibt. Was gewiß die Annahme rechtfertigt, daß es letztlich ziemlich unbestimmt ist.

c) Wenn es in diesem Abschnitt um die Frage geht, ob dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip insoweit absolute Geltung zuerkannt werden muß, daß Ausnahmen bzw. Durchbrechungen von vornherein als unzulässig angesehen werden müßten, weil anderenfalls mehr oder weniger automatisch das Urteil "grundgesetzwidrig" fallen würde, so

---

262) Vgl. Streitschriften I S.150 und Lehrbuch § 10 1 b (S.96): "Allerdings will es manchmal scheinen, als ob auch das Schuldprinzip mitunter zu Tode geritten würde". Ähnlich bereits früher in: ZStW 70(1958),237ff. Zu der Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte vgl. neuerdings HIRSCH GA 1972,65ff.

263) Vgl. allein LANG-HINRICHSEN ZStW 73(1961),210(217ff.).

264) Nachweise wie Anm.262; auch nach KOFKA,Ndschr.Bd.2,S.242 hat "die Lehre vom 'versari in re illicita' einen richtigen Kern"; einen "gesunden Kern" sieht auch KAUFMANN darin, wobei er hinzufügt: "Nur Fanatiker des Schuldprinzips, die die Grenzen seiner Verwirklichung nicht zu sehen imstande sind, können den Versari-Gedanken für ein Übel schlechthin ansehen (Schuldprinzip, S.246).

265) WEGENER S.135.

266) Ganz anders dagegen KAUFMANN, Schuldprinzip, S.240ff. und MÜLLER-DIETZ S.12ff., ebenso GALLAS, Ndschr. Bd.5,S.50.

kann zur Verneinung dieser Frage auch auf das geltende Recht hingewiesen werden. Hier gibt es zumindest Beispiele, bei denen man mit gutem Recht behaupten kann, daß sie allgemein anerkannte Ausnahmen vom Schuldprinzip darstellen.

Als wichtigster Fall müßte hier die rechtskräftige Verurteilung eines Unschuldigen genannt werden. Dies kommt bekanntermaßen immer wieder einmal vor (267). Daß die Verurteilung eines Unschuldigen die Menschenwürde des Betreffenden verletzt und auch der materiellen Gerechtigkeit widerstreitet, dürfte nicht bestritten werden. Genau diese Gründe haben jedoch zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Grundsatzes "Keine Strafe ohne Schuld" geführt. Insoweit kann ein innerer Zusammenhang mit dem Schuldprinzip nicht geleugnet werden (268). Daß Justizirrtümer immer wieder vorkommen, ist nicht das eigentlich Entscheidende. Viel wichtiger ist die Tatsache, daß anerkanntermaßen in einigen Fällen nicht immer die gesetzliche Möglichkeit besteht, diese wieder rückgängig zu machen (269). Das Wiederaufnahmerecht enthält - wohl berechtigterweise - einige Lücken (270), dennoch wird dies nicht für verfassungswidrig gehalten. Daß das Wiederaufnahmerecht nicht unbegrenzt sein kann, ist sicherlich richtig. Nur bedarf dies einer (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung. Welcher Art diese ist, ist hier in diesem Zusammenhang zunächst unwichtig (271). Nur daran sieht man, daß der Verwirklichung auch eines so elementaren Grundsatzes wie "Keine Strafe ohne Schuld" irgendwie Grenzen gesetzt sind. Auch

---

267) Vgl. die umfangreiche Dokumentation von PETERS, Fehlerquellen im Strafprozeß (1.Band), Karlsruhe (1970).

268) Übereinstimmend SCHLOSSER, Dissertation, S.169.

269) Daß immer noch mittels des Gnadenerweises eine Möglichkeit besteht, muß hier unberücksichtigt bleiben.

270) Vgl. zu dem wichtigsten Wiederaufnahmegrund, dem § 359 Nr.5 StPO, Jürgen MEYER, Zum Begriff der Neuheit von Tatsachen oder Beweismitteln im Wiederaufnahmeverfahren, JZ 1968,7ff.

271) D.h. wie man dies begründen kann (vgl. dazu zutreffend SCHLOSSER, Dissertation, S.169f.), ist an dieser Stelle weniger interessant. Hier galt es nur zu zeigen, daß Ausnahmen offensichtlich zulässig sein müssen, wenn sie sich überzeugend rechtfertigen lassen.

eine so eklatante Verletzung wie die Bestrafung eines erwiesenermaßen Unschuldigen, muß unter Umständen hingenommen werden. Müßte dem Schuldprinzip absolute Geltung zuerkannt werden, wäre dieser Zustand verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Als weiteres Beispiel läßt sich die Tatsache anführen, daß trotz gleicher Schuld zweier Täter bei der Strafzumessung der konkret eingetretene Schaden eine nicht ganz unbeträchtliche Rolle spielt (272). Insbesondere ist das Zufallsmoment bei der Bestrafung wegen Fahrlässigkeit nicht zu übersehen. Darauf wurde im Schrifttum wiederholt bereits hingewiesen (273). In der Tat fällt es hier ziemlich schwer, anzunehmen, dies stehe im Einklang mit dem Verschuldensprinzip. Bei gleicher Schuldhaftigkeit - man denke etwa an das Nichtbeachten des Vorfahrtsschildes an einer Hauptstraße - kommt neben Straflosigkeit auch schwerste Bestrafung in Betracht, je nachdem ob nun überhaupt nichts passiert ist oder u.U. der Tod mehrerer Menschen verursacht worden ist. Daß dabei der Zufall eine große Rolle spielt, kann nicht bestritten werden. Es liegt zwar nahe, diese Unterschiede mit einem Strafverzicht zu rechtfertigen, weil ja die volle Schuld nicht stets vollständig ausgeschöpft zu werden braucht, und deshalb keine Verletzung des Schuldprinzips vorläge (274). Aber der Eindruck bleibt bestehen, daß dies doch irgendwie Ausdruck einer Art von Risikohaftung ist. Deutlich wird dies spätestens dann, wenn man sich fragt, wie im Einzelfall der (unterschiedliche) Strafverzicht jeweils begründet werden soll. Arthur KAUFMANN bemerkt dazu (275): "Denn was ist schließlich mildere Bestrafung der zufällig harmlosen Tat anderes als die schwerere Bestra-

---

272) Ausführlicher KAUFMANN, Schuldprinzip, S.258; SALM S.26.

273) Vgl. z.B. BAUMANN, Lehrbuch, § 10 1 b (S.96f.); BOCKELMANN, Ndschr., Bd.5,S.49; KAUFMANN, Schuldprinzip, S.162f. und S.258;KOFFKA, Ndschr., Bd.2,S.242; MÜLLER-DIETZ S.77ff.; SAUER GA 1957,129(131).

274) So argumentieren z.B. DREHER, Ndschr., Bd.2,S.253 und LANG-HINRICHSEN GA 1957,1(10); vgl. zum Ganzen ausführlich WIMMER NJW 1958,521ff.

275) Schuldprinzip, S.258f.

fung des bösen Erfolges?...Bei materialer Betrachtung läßt sich hier ein Verstoß gegen das Schuldprinzip nicht leugnen". Mit gutem Recht kann man hier daher mit der h.M. von Erfolgsstrafrecht sprechen (276), so daß in weiten Bereichen des Strafrechts das Schuldprinzip tatsächlich nur eingeschränkt gilt, von einer vollen Verwirklichung im geltenden Recht somit nicht gesprochen werden kann (277).

Ob bei der nach geltendem Recht möglichen Bestrafung wegen unbewußter Fahrlässigkeit überhaupt ebenso wie bei der Bestrafung juristischer Personen gleichfalls ein Verstoß gegen den Verschuldensgrundsatz vorliegt, wie wiederholt behauptet worden ist (278), soll hier nicht weiter erörtert werden.

d) Das wohl gewichtigste Argument gegen eine absolute Geltung ist in dem Schuldprinzip selbst begründet, nämlich die Unmöglichkeit seiner vollständigen Verwirklichung. Zwar liest man mitunter noch den Satz, daß mit der Einfügung des § 56 StGB das Schuldprinzip restlos verwirklicht sei (279), was dem soeben Gesagten widersprechen würde. Arthur KAUFMANN hat diesen Glauben glattweg als "naiv" bezeichnet (280).

---

276) Daß dies in der Bevölkerung nicht einmal als ungerecht angesehen wird, vgl. MÜLLER-DIETZ S.79, bes. die Nachweise in Anm.22.

277) Auf einen Fall von Erfolgshaftung - nämlich § 239 KO - weist auch MAURACH, Lehrbuch BT, S.279 hin.

278) Bezüglich der unbewußten Fahrlässigkeit vgl. KAUFMANN, Schuldprinzip, S.156ff.,223ff. und MÜLLER-DIETZ S.10f. jeweils m.w.N. Zu der Bestrafung jur. Personen vgl. einerseits das BVerfG: "Die Bestrafung juristischer Personen ist dem geltenden deutschen Recht nicht fremd"(BVerfG 20, 323(335)) und andererseits SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem.Rdnr. 51 vor § 47: "...mit Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' ...aber schwer verträglich"; ausführlicher SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände (1958); einen kurzen Überblick über das reichhaltige Schrifttum gibt auch BAUMANN, Lehrbuch, § 23 III 1 b (S.352).

279) So z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.78 vor § 51:"Strafe setzt Schuld voraus. Dieser Satz gilt nach Einführung des § 56 n.F. jetzt uneingeschränkt im deutschen Strafrecht". Es folgt jedoch der Hinweis, daß § 22 Abs.3 WStG eine Ausnahme sei.

280) Schuldprinzip, S.212; übereinstimmend MÜLLER-DIETZ S.7.

Viele Autoren, die sich intensiver mit dieser Problematik auseinandergesetzt haben (281), kommen zu dem Ergebnis, daß dem Schuldprinzip offensichtlich Grenzen gesetzt sind. KOFFKA hat dies noch etwas vorsichtig ausgedrückt: "Freilich läßt sich dieses Prinzip ohnehin nicht streng durchführen"(282). Arthur KAUFMANN spricht es unumwunden aus (283): "Das reine Schuldstrafrecht kann es und wird es nie geben". M.A.MAYER hat dies bereits früher vertreten(284). Dies dürfte auch das Ergebnis der speziellen Untersuchung von MÜLLER-DIETZ darstellen (285). Wenn dies richtig ist, und dafür spricht sehr viel, dann kann das verfassungsrechtliche Gebot "Keine Strafe ohne Schuld" nicht absolut gelten, sondern nur als Grundsatz, so daß Ausnahmen zulässig sein müssen. Auch die Verfassung kann nichts Unmögliches verlangen.

Die Unmöglichkeit der vollen Durchführung zeigt sich z.B. auch an der unterschiedlichen Strafzumessungspraxis einzelner Gerichte. Gerade bei häufig wiederkehrenden Delikten - wie z.B. im Straßenverkehr - sollte man meinen, daß sich eine gewisse Einheitlichkeit des Strafausspruchs einspielt, wenn es sich um die gleiche Verhaltensweise mit dem annähernd gleichen Schuldgehalt handelt. Dennoch überrascht der Befund in der Praxis (286). In Erinnerung dürfte noch die bekannte "Main-Linie" sein: nördlich des Mains bekam der Täter bei einer folgenlosen Trunkenheitsfahrt grundsätzlich eine Freiheitsstrafe, südlich davon erhielt

---

281) Vgl. z.B. MÜLLER-DIETZ (passim), KAUFMANN, Schuldprinzip, S.212ff., SCHLOSSER, Dissertation, S.158ff., SALM S.176ff.

282) KOFFKA Ndschr. Bd.2, S.242.

283) KAUFMANN, Schuldprinzip, S.212, ganz klar auch in: Schuld und Strafe, S.291.

284) M.A.MEYER, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2.Auflage, Heidelberg (1923), S.229.

285) Vgl. Grenzen des Schuldgedankens, S.88.

286) Vgl. das eklatante Beispiel mitgeteilt in Kriminalistik 1968,190: der eine Richter verhängt in vergleichbaren Verkehrsstrafsachen nur Geldstrafen, der andere prinzipiell nur Freiheitsstrafen. HENKEL (S.1) teilt den von SARSTEDT erwähnten Fall mit: eine Strafkammer verhängt regelmäßig das Vierfache an Strafe wie die andere. Vgl. auch BGH 1, 183(184) und HEINITZ S.10.

er lediglich eine Geldstrafe.

Bedenklich erscheint dies gewiß dann, wenn man z.B. bei BAUMANN liest (287): "Gerechte und in diesem Sinne gesetzliche Strafe kann nur eine einzige Strafe sein". Dies ist nicht unbestritten. Vielfach wird auch die sog. Spielraum-Theorie vertreten (288). Dabei kann es sich aber nur um einen gewissen Rahmen handeln. Bei einer so auffallenden, sachlich unbegründeten Divergenz der verhängten Strafen in annähernd gleichgelagerten Fällen müßten daher auch den Anhängern der letzteren Auffassung Bedenken kommen (289).

Diese Frage war auch schon Gegenstand gerichtlicher Überprüfung (290). Im Ergebnis ist der Auffassung zuzustimmen, daß gegen das jeweilige einzelne Urteil mit dem Hinweis auf diese unterschiedliche Strafzumessungspraxis - auch in sehr krassen Fällen - nicht angegangen werden kann, auch nicht unter dem Blickwinkel der Verfassung(291). WARDA (292) versucht dies damit zu rechtfertigen, daß dies "allein in unterschiedlichen Auffassungen darüber, was in gewissen Fallgestaltungen als die gerechte Strafe anzusehen ist" begründet wäre.

---

287) Streitschriften I S.126; ähnlich Eb.SCHMIDT ZStW 69(1957), 359(373) und KAUFMANN, Schuldprinzip, S.261 (vgl. auch S.66):"Die Schuld ist stets eine feste und bestimmte Größe, und daher kann die richtige Strafe immer nur eine sein".

288) Vgl.z.B. MAURACH, Lehrbuch AT, § 63 I (S.836f.); SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr.13, LACKNER-MAASSEN Anm.4b zu § 13; ständige Rechtsprechung, grundlegend BGH 7,28(32).
Z.T. wird auch noch eine dritte Auffassung vertreten: die Strafzumessung als schöpferischer Akt des Richters, vgl. DREHER JZ 1968,209(211), HENKEL S.34, ähnlich JESCHECK, Lehrbuch, § 79 III 3 (S.562).
Zum Ganzen vgl. ausführlich DREHER, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967,41ff.

289) Dies ist auch der Fall. So z.B. HENKEL, obwohl er eine Art von Spielraum-Theorie vertritt (vgl. S.33f.), wählt er die hier aufgezeigte Problematik als Einleitung für seine Untersuchung über die "gerechte" Strafe.

290) Vgl. BGH 1,183ff.; ebenso BGH 12,148(159) und 12,333(335).

291) Vgl. SCHORN S.98; WARDA, Ermessen, S.157ff.; HEINITZ S.10; BGH 1,183(184); BVerfG 1,332(345).

292) WARDA, Ermessen, S.158.

Dennoch ergeben sich starke Bedenken (293) bei dem Gedanken, weshalb in gleichgelagerten Fällen der eine Täter z.B. viermal so lange in das Gefängnis muß wie der andere (294). Das widerstreitet doch offenbar der Gerechtigkeit. Diese gerade zu verwirklichen, soll aber das Anliegen des rechtsstaatlichen Schuldprinzips sein. Trotzdem handelt es sich hier nicht um einen verfassungswidrigen Zustand (295). Im Hinblick auf den Schuldgrundsatz wäre eine einheitliche Strafzumessung in gleichgelagerten Fällen zwar wünschenswert (296) und rein theoretisch auch zu fordern, weil derartige, sachlich unbegründete Unterschiede unbefriedigend bleiben müssen, da sie im Grunde nicht zu rechtfertigen sind. Aber der menschlichen Erkenntnis sind Grenzen gesetzt, und damit auch der vollen Verwirklichung des Schuldprinzips.

3) Wenn somit der vollständigen Verwirklichung des Schuldprinzips im Strafrecht aus vielerlei Gründen - kriminalpoltischer, rechtspolitischer und sachlicher Art - Grenzen gesetzt sind, dann kann natürlich erst recht nicht von einer absoluten Geltung des Verfassungssatzes "nulla poena sine culpa" ausgegangen werden. Wie bereits ADOMEIT in diesem Zusammenhang mit Recht betont hat (297), verliert ein Prinzip wie der strafrechtliche Verschuldensgrundsatz seinen Absolutheitsanspruch schon durch eine einzige pragmatische Einschränkung. Daß es aber derartige (berechtigte) Einschränkungen gibt, dürften die vorangegangenen Ausführungen grundsätzlich bewiesen haben, selbst wenn man in einigen Fällen anderer Meinung sein sollte. Ein Absolutheitsanspruch kann dann aber nicht mehr geltend gemacht werden. In jedem Einzelfall

---

293) Erhebliche Bedenken auch bei BAUMANN, Streitschriften I, S.127.

294) Vgl. dazu bereits oben Anm.286.

295) Ebenso WARDA, Ermessen, S.162 und BVerfG 1,332(345).

296) Übereinstimmend BGH 12,333(335): "....wenn die möglichst gleichmäßige Beurteilung gleichliegender Sachverhalte durch die Gerichte auch anzustreben ist".

297) In einer Anmerkung zu BVerfG 20,323ff. in: NJW 1967, 1994(1995).

ist es dann erforderlich, zu prüfen, ob hier eine Einschränkung zulässig ist oder nicht.

Somit kann folgendes festgestellt werden: Der Nachweis, daß in einem Fall Strafe ohne bzw. über das Maß der Schuld hinaus verhängt wird, genügt allein noch nicht, um einen Verfassungsverstoß zu bejahen. Nur wenn hierfür keine vernünftigen Gründe geltend gemacht werden können, wäre dies möglich (298).

Wenn demnach Ausnahmen anerkannt werden müssen, so taucht die naheliegende Frage auf, ob es sich hierbei um (zulässige) Durchbrechungen des Schuldprinzips handelt oder ob es sich dabei um einen von der Sache her gebotenen Verzicht auf die volle Durchführung dieses Grundsatzes handelt. Mittels einer teleologischen Auslegung könnte man nämlich zu der Auffassung gelangen, daß das Verfassungsgebot gar nicht so weitreichend ist, so daß einige Grenzfälle von ihm von vornherein nicht mehr erfaßt werden, was letztlich als Verzicht im obigen Sinne angesehen werden müßte. Oder man betrachtet Ausnahmen als Durchbrechung. Dies würde bedeuten, daß grundsätzlich auch die Grenzfälle von diesem Verfassungsgebot erfaßt werden, u.U. dieses Gebot jedoch durchbrochen werden kann (299).

Wenn man die Literatur daraufhin untersucht, ob eher von einer Durchbrechung oder von einem Verzicht auf volle Durchführung ausgegangen werden soll, so ist dies sehr unergiebig. Es hat den Anschein, als ob "Durchbrechung des Schuldprinzips" und "Verzicht auf die volle Durchführung des Schuldprinzips" geradezu synonym gebraucht werden. Sehr deutlich ist dies z.B. bei den Diskussionen der Großen Strafrechtskommission über die Probleme der üblen Nachrede und des Widerstandes gegen die Staatsgewalt zu erkennen. So reden z.B. Eb.SCHMIDT, GALLAS, KOFFKA und SCHAFHEUTLE immer wieder von einem "Verzicht auf vollständige Durchführung"(300), dagegen sprechen in diesem Zusammenhang

298) So auch ADOMEIT NJW 1967,1994(1995).

299) Zu der hier angesprochenen Problematik ausführlicher KRIELE, Rechtsgewinnung, S.221.

300) Vgl. Eb.SCHMIDT, Ndschr., Bd.9,S.30; GALLAS, Ndschr.,

DÜNNEBIER und SCHÄFER ganz klar von einer "Durchbrechung des Schuldprinzips"(301). Arthur KAUFMANN verwendet beides (302).

Dennoch erscheint es mir richtiger, bei einer Ausnahme vom Schuldprinzip dies eher als eine "Durchbrechung" anzusehen als einen Verzicht auf dessen vollständige Verwirklichung. Insbesondere der Gesetzgeber wird damit gezwungen, bei jeder Ausnahme zu begründen, warum dies notwendig und weshalb eine Durchbrechung erforderlich ist. Sind die dafür angeführten Gründe nicht stichhaltig genug, stände die Verfassungswidrigkeit bereits fest. Dieser Begründungszwang kann auch ein psychologisches Hemnis für den Gesetzgeber bedeuten, nicht wahllos derartige Vorschriften zu schaffen (303).

4) Wenn Ausnahmen zulässig sind, so stellt sich damit die Frage nach möglichen Kriterien für eine derartige Durchbrechbarkeit des Schuldprinzips. Unzulässig sind Ausnahmen im eigentlichen Kernbereich. Dies wurde bereits oben betont (304), zugleich aber auch, daß Durchbrechungen im Grenzbereich eher zulässig sein dürften. Aber auch hier gilt es die Mahnung von LANGE (305) zu berücksichtigen: "Der Schuldgrundsatz ist...streng zu nehmen. Er ist keine Kutsche, mit der man ein Stück mitfährt, um dann an beliebiger Stelle wieder auszusteigen".

Wenn man nach denkbaren Kriterien fragt, dann können letztlich nicht mehr als ganz allgemeine Grundsätze genannt werden. Dazu sind die jeweiligen Einzelfälle doch zu unterschiedlich. Es wird wohl darauf ankommen, sich im speziel-

---

Bd.5, S.109; KOFFKA Ndschr., Bd.9, S.43; SCHAFHEUTLE, Ndschr., Bd.9, S.125.

301) DÜNNEBIER, Ndschr., Bd.9, S.44; SCHÄFER, Ndschr., Bd.13, S.63.

302) Schuldprinzip, z.B. S.253 und S.260.

303) Vergleichbar dem Zitiergebot gem. Art.19 Abs.1 Satz 2 GG.

304) Vgl. S.95.

305) LANGE, Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform, JR 1957,242(244); zust. LANG-HINRICHSEN, Grundfragen, S.115; kritisch dazu HEINITZ S.24.

len Fall zu fragen, ob hier eine Durchbrechung unbedingt nötig ist, insbesondere ob hierfür triftige Gründe angeführt werden können (306), so daß diese Regelung oder diese Maßnahme letztlich immer noch als (sach)gerecht angesehen werden kann. Denn das Schuldprinzip soll dazu verhelfen, die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen. Bei Durchbrechungen besteht natürlich die erhöhte Gefahr ungerechte und damit unbefriedigende Ergebnisse zu erzielen.

Eine Durchbrechung ist gewiß dann erlaubt, wenn dies in der Natur der Sache selbst begründet ist, die Einschränkung also sachlicher Art ist, weil z.B. der menschlichen Erkenntnis Grenzen gesetzt sind (307). Die eigentlichen Schwierigkeiten und Streitfragen werden bei kriminalpolitischen Erwägungen auftauchen (308). Wie bei allen Einschränkungen von verfassungsrechtlichen Grundsätzen kann hier auch oft die Verfassung selbst zu Rate gezogen werden. Möglicherweise lassen sich ihr bereits entsprechende Wertungsgesichtspunkte entnehmen.

5) Abschließend sollen die bisherigen Ergebnisse noch einmal thesenartig zusammengefaßt werden:

Die Auffassung einer Mindermeinung, daß dem Verfassungsrechtssatz "Keine Strafe ohne Schuld" von vornherein nur für einen eigentlichen Kernbereich bindende Verfassungskraft zuerkannt werden kann, dürfte im Kern etwas Richtiges enthalten (309). Dennoch ist aus rechtsstaatlichen

---

306) Ebenso ADOMEIT NJW 1967,1994(1995).

307) Vgl.dazu KAUFMANN,Schuldprinzip,S.213; MÜLLER-DIETZ S.88.

308) So z.B. bei der Problematik einiger sogenannter objektiver Strafbarkeitsbedingungen; siehe dazu MÜLLER-DIETZ S.77 und KAUFMANN,Schuldprinzip, S.253.
Daß auf Grund derartiger Erwägungen Durchbrechungen überhaupt zulässig sind, vgl. die sehr unmißverständlichen Äußerungen von Eb.SCHMIDT und KOFFKA in Ndschr. Bd.9,S.30 bzw. 43, daß kriminalpolitische Erwägungen u.U. Einschränkungen des Schuldprinzips erfordern würden.

309) Wenn man z.B. an die soeben aufgezeigten Ausnahmen und Einschränkungen des materiellen Schuldprinzips denkt, ist diese Auffassung nicht völlig von der Hand zu weisen, und wenn man zudem bedenkt, daß die Verfassung eigentlich nur das Grundsätzliche regelt.

Erwägungen eine weitreichendere verfassungsrechtliche Geltung anzunehmen.

Diese ist jedoch nicht in dem Sinne absolut, daß Durchbrechungen von vornherein als von Verfassungs wegen unzulässig angesehen werden müßten. Mit ADOMEIT (310) ist vielmehr davon auszugehen, daß der Nachweis einer pragmatischen Einschränkung den Absolutheitsanspruch eines Prinzips beseitigt. Da dieser Nachweis aber erbracht werden konnte (311), reicht somit für eine Grundgesetzwidrigkeit nicht allein die Feststellung aus, daß Strafe ohne Schuld verhängt wird.

Deshalb ist weiterhin erforderlich, sich in jedem speziellen Fall erneut zu fragen, ob hier eine Ausnahme möglich ist. Dies kann dann bejaht werden, wenn vernünftige und überzeugende Gründe dafür sprechen (312). Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Verschuldensgrundsatz die Strafgewalt des Staates beschränken soll, der Staatsraison damit also grundsätzlich Grenzen gesetzt sein sollen (313). Nicht jede Einschränkung kann daher verfassungsrechtlich zulässig sein. Es wird auf eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im jeweiligen Einzelfall ankommen(314), wobei es auch auf entsprechende Wertungsgesichtspunkte, die die Verfassung selbst enthält, ankommen wird.

---

310) Vgl. NJW 1967,1994(1995).

311) Auch ADOMEIT nennt einige Einschränkungen bezüglich des Satzes "nulla poena sine culpa" (NJW 1967,1994(1995)). MÜLLER-DIETZ (S.88) bezeichnet es sogar als unbestrittene Tatsache, daß "nach wie vor Einbrüche ins System zu verzeichnen sind".

312) So auch KAUFMANN, Schuldprinzip, S.210 und ADOMEIT NJW 1967,1994(1995).

313) Ähnlich BADURA JZ 1964,337(344).

314) Im Ergebnis ebenso die Diskussionsbeiträge in Ndschr. Bd.9 von Eb.SCHMIDT (S.30), LACKNER (S.42), KOFFKA (S.43), DÜNNEBIER (S.44) und SCHAFHEUTLE (S.125).

C. Das Grundgesetz und § 22 Abs.3 WStG

I. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Durchbrechung des Schuldprinzips im speziellen Fall des § 22 Abs.3 WStG

Wie wir soeben gesehen haben, muß demnach weiter danach gefragt werden, ob im Falle des § 22 Abs.3 WStG eine Ausnahme vom Schuldprinzip berechtigt erscheint. Der Gesetzgeber hat geglaubt, dies bejahen zu müssen (315). Die bisherigen Ausführungen dürften dabei klar gezeigt haben, daß sich die dafür angeführten Gründe nicht aus dem Schuldgrundsatz selbst ergeben können. Dies verkennt z.B. SCHLOSSER, wenn er in diesem Zusammenhang meint (316): "So nimmt es auch nicht wunder, daß man beim Versuch, den Art. 22 III WStG zu rechtfertigen, auf Argumente zurückgreift, die mit der Schuldproblematik nichts zu tun haben, die mit ihr auch schon begrifflich nicht in Zusammenhang stehen können, da im Gesetz selbst ja steht, der Täter brauche nicht vorwerfbar gehandelt zu haben". Mit diesen Erwägungen läßt sich § 22 Abs.3 WStG indes nicht zu Fall bringen.

1) Wenn somit der Frage nachgegangen werden muß, ob überzeugende Gründe dargelegt werden können, die diese Durchbrechung rechtfertigen könnten, so erscheint es sinnvoll, sich zunächst mit den Gründen zu beschäftigen, die der Gesetzgeber selbst genannt hat, weshalb er eine Vorschrift wie den § 22 Abs.3 WStG für erforderlich gehalten hat. Insbesondere ist es wichtig, zu erkennen, welche Ziele er verfolgt hat oder legitimerweise hätte verfolgen können, denn möglicherweise lassen sich diese Ziele auf diesem Wege überhaupt nicht bzw. nur im geringen Maße erreichen. Eventuell sind auch andere weniger einschneidende Maßnahmen ausreichend.

2) Aufschluß darüber, welche Gesichtspunkte der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des § 22 Abs.3 WStG herangezogen hat,

---

315) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31 und v.MERKATZ, Mdl.Begr.WStG S.10852(B).

316) Dissertation, S.150.

geben insbesondere zwei Quellen, einmal die amtliche Begründung zum Wehrstrafgesetz (317) sowie dessen Begründung durch v.MERKATZ im Bundestag (318).

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Vorstellung des Gesetzgebers gewesen, daß auch im Falle des unvermeidbaren Irrtums Strafe erforderlich sei. Sehr deutlich hat dies v.MERKATZ zum Ausdruck gebracht. Zur Begründung dazu dient ihm der Hinweis, daß der Soldat grundsätzlich gehorchen müsse. Wörtlich fährt er dann fort (319): "Das ist das erste Gebot militärischer Disziplin, ohne das keine Armee zusammenzuhalten ist".

Etwas weniger pathetisch spricht die amtliche Begründung von der "allgemeinen militärischen Notwendigkeit des Gehorsams" (320). Diese Notwendigkeit soll sich nach Auffassung des Gesetzgebers aus den "Erfordernissen des besonderen militärischen Befehlsverhältnisses" ergeben, "in dem der Untergebene steht und das grundsätzlich Befolgung eines erteilten Befehls verlangen muß". Demgemäß habe sich eine "sinnvolle Irrtumsregelung" für die "praktisch wichtigen Irrtumsfälle" diesen Erfordernissen anzupassen. Dies glaubt man auch nicht allein der Rechtsprechung überlassen zu können. Eine eigenständige Regelung sei auch deshalb erforderlich, weil, so führt v.MERKATZ dazu aus: "die inzwischen berühmt gewordene Judikatur des Bundesgerichtshofes zum Verbotsirrtum würde hier der Sachlage nicht entsprechen". Die Sorge um die Aufrechterhaltung der Disziplin dürfte der eigentliche Beweggrund bei der Schaffung des § 22 Abs.3 WStG gewesen sein (322).

---

317) Drucksache Nr.3040 des 2.Deutschen Bundestages(1953-1957).

318) Sitzungsprotokolle des Deutschen Bundestages(2.Wahlperiode 1953-1957, 190.Sitzung) S.10851ff.
Dagegen enthält der Ausschußbericht, verfaßt von dem Abgeordneten HAASLER als Drucksache zu Nr.3295 des 2.Deutschen Bundestages, für die hier interessierende Problematik überhaupt keinen Hinweis(vgl. S.7 dieser Drucksache).

319) Mdl.Begr.WStG S.10852.

320) Alle folgenden Zitate auf S.31 der Amtl.Begr.WStG.

321) Mdl.Begr.WStG S.10852(B); ebenso Amtl.Begr.WStG S.31.

322) So sieht es auch SCHLOSSER, Dissertation, S.150.

3) Diese Sorge spiegelt sich auch in der einschlägigen Literatur wider. Immer wieder finden sich im Zusammenhang mit der Irrtumsregelung Formulierungen wie: "Aufrechterhaltung der Mannszucht"(323), "Wahrung der Disziplin"(324), "im Interesse der Disziplin"(325) oder "Aufrechterhaltung der Disziplin und der Schlagkraft der Truppe"(326). Deshalb werden auch - zumeist unter Berufung auf die amtliche Begründung - die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Verbotsirrtum nicht für sachgerecht gehalten(327). Wie in den Gesetzesmaterialien wird dies allgemein mit "militärischen Bedürfnissen"(328), mit "militärischen Notwendigkeiten"(329), mit "Rücksicht auf militärische Belange"(330) usw. begründet. Zum Teil wird dies ausdrücklich als "hart" anerkannt, dennoch erfordere die soldatische Ordnung eine derartige Regelung (331).

Wieso die Regelung in § 22 Abs.3 WStG militärischen Belangen entgegenkommt und insbesondere durch militärische Notwendigkeiten gefordert werde, versuchen einige Autoren näher zu begründen. Recht anschaulich hierfür sind die Ausführungen von DREHER (332): "Die Regelung der Absätze 2 und 3 geht davon aus, daß ein verbindlicher Befehl befolgt werden muß. Die Führung einer Truppe wird unmöglich, wenn sich die Vorgesetzten nicht darauf verlassen können, daß ihre verbindlichen Befehle befolgt werden". Daß verbindli-

---

323) RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129).

324) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6.

325) PETTERS-PREISENDANZ § 109b Anm.5d.

326) HIRSCHMANN S.203.

327) So z.B. ausdrücklich von DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7; KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.4; v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8; KRIEGER S.122.

328) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7; KRIEGER S.122.

329) RITTAU, WStG, § 22 Anm.4; v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8; HIRSCHMANN S.203f.

330) SCHWENCK in RWStR Anm. zu Nr.6 zu § 22 WStG.

331) DREHER JZ 1957,393(396); METZNER Wehrkunde 1959,487(492); vgl. dazu auch SCHWAIGER, Dissertation, S.224.

332) In: DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7, ähnlich in JZ 1957,393(396).

che Befehle nach Möglichkeit ausgeführt werden müssen, betont auch KOHLHAAS (333). Anderenfalls drohen, wie JESCHECK erklärt (334), "zu große Gefahren für die Schlagkraft der Truppe". Eine wirksame und nachhaltige Verteidigung sei sonst nicht gewährleistet (335). Deshalb dürfe derjenige Untergebene, der in diesem Fall seine grundsätzliche Gehorsamspflicht verletzt, nicht berechtigt sein, sich auf Irrtum zu berufen (336). Durch § 22 Abs.3 WStG soll er veranlaßt werden, Befehlen grundsätzlich zu gehorchen und mit deren Nichtausführung sehr vorsichtig zu sein (337), um das Risiko der Truppenführung, daß ihre verbindlichen Befehle nicht befolgt werden - und sie hierfür eine gewisse Sicherheit erhält - , zu vermindern(338). Hier kommt unmißverständlich der Gedanke zum Ausdruck,den OEHLER so formuliert hat (339): "Der Schutz des Volkes durch die bereite Schlagkraft der Bundeswehr ist höher einzuschätzen als die Straffreiheit des irrenden Soldaten.

4) Wenn somit die Regelung in § 22 Abs.3 WStG nach den Intentionen des Gesetzgebers einmal der Aufrechterhaltung der Disziplin dienen und zum anderen gewährleisten soll, daß den verbindlichen Befehlen der Truppenführung weitgehendst Folge geleistet wird, so muß dieser Frage noch etwas genauer nachgegangen werden. Bevor geklärt werden kann, ob diese Ziele es rechtfertigen, deshalb auch das Schuldprinzip zu durchbrechen, muß Klarheit darüber bestehen, ob und wie die Regelung des § 22 Abs.3 WStG diese Ziele überhaupt verwirklichen kann.

Daß Disziplin eine unerläßliche Voraussetzung jeder Armee

---

333) Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.4.

334) In: Bw und Recht, S.88.

335) So HIRSCHMANN S.203; so ähnlich auch METZNER Wehrkunde 1959,487(492) und Eb.SCHMIDT NZWehrR 1968,161.

336) Dies erklärt ausdrücklich RITTAU, WStG, § 22 Anm.4.

337) Betont wird dies insbesondere von v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8; LAMMICH NZWehrR 1970,47(54); HIRSCHMANN S.203.

338) Vgl. auch JESCHECK, Bw und Recht, S.88.

339) In: JuS 1963,301(306).

ist, wird selbst von den Gegnern des § 22 Abs.3 WStG nicht bestritten (340). Auch dürfte es nicht angezweifelt werden können, daß jedes Nichtbefolgen eines verbindlichen Befehls die Gefahr in sich birgt, den strikten Gehorsam zu untergraben und insoweit die allgemeine Disziplin der Soldaten beeinträchtigen kann. Nur fraglich erscheint, inwieweit § 22 Abs.3 WStG geeignet ist, dies zu verhindern. Zu fragen bleibt auch, wessen Disziplin überhaupt konkret gefährdet sein soll. In Betracht kommt nämlich nicht nur die Disziplin des ungehorsamen Soldaten selbst, sondern auch die der anderen Untergebenen (341). Sicherlich soll § 22 Abs.3 WStG die Bestrafung des nichtgehorchenden Soldaten ermöglichen. Dessen Disziplin dürfte jedoch in den Fällen, wo die Anwendung dieser Vorschrift eigentlich problematisch ist, gar nicht so sehr gefährdet sein, denn er glaubt in nicht vorwerfbarer Weise rechtmäßig zu handeln. Für die Aufrechterhaltung seiner Disziplin dürfte eine Bestrafung nicht unbedingt erforderlich sein. Vielmehr könnte dagegen durch sein Verhalten die Disziplin seiner Kameraden beeinträchtigt werden, und zwar insbesondere dann, wenn sie im Gegensatz zu ihm die Verbindlichkeit des Befehls erkannt hätten. Ob diese negative Wirkung nachträglich noch dadurch verstärkt werden könnte, daß der betreffende Soldat wegen seines Ungehorsams n i c h t bestraft wird - das soll ja durch § 22 Abs.3 WStG verhindert werden - , dürfte recht zweifelhaft sein. Aber nur dann wäre die Sorge um die Aufrechterhaltung der Disziplin berechtigt.

Dagegen dürfte folgenden Überlegungen größeres Gewicht zukommen. Nicht bestritten werden kann, daß jedes Nichtausführen eines Befehls das reibungslose Ineinandergreifen von Befehl und Gehorsam empfindlich stört (342). Insbesondere gilt es, diese Gefahr bei verbindlichen Befehlen zu verhindern, denn jede Befehlsverweigerung kann Anreiz zur

---

340) Vgl. SCHLOSSER, Dissertation, S.151 und JZ 1958,526(529).

341) Wahrung der Disziplin kann spezial- und generalpräventiv verstanden werden. Vgl. dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 12 Rdnr.8.

342) Ähnlich HIRSCHMANN S.203.

Nachahmung bieten und ist insoweit geeignet, die allgemeine Disziplin zu untergraben. Deshalb ist es notwendig, Befehlsverweigerungen nach Möglichkeit überhaupt zu vermeiden, um dieses für die soldatische Ordnung so überaus wichtige Zusammenspiel von Befehlserteilung und prompter Befehlsausführung (343) nicht durcheinanderzubringen.

Diese disziplinschädigende Wirkung kommt natürlich auch dem Ungehorsam infolge Irrtums zu. Gleichzeitig muß daran gedacht werden, daß die Berufung gerade darauf, man habe geglaubt, der Befehl sei unverbindlich und daher nicht zu befolgen gewesen, ziemlich leichtfallen dürfte (344) und bei einem möglicherweise sehr unbequemen Befehl als letzter Ausweg besonders naheliegt. Hier gilt es zu erkennen, daß es weitaus wichtiger wäre, dies überhaupt zu vermeiden, um damit zu gewährleisten, daß verbindliche Befehle auch stets befolgt werden, als sich damit zu trösten, daß der betreffende Soldat unter Umständen dann bestraft werden kann. Das Bewußtsein nämlich, stets nur dann straffrei auszugehen, wenn der Befehl tatsächlich unverbindlich gewesen ist, kann dazu führen, die allgemeine Bereitschaft des Untergebenen, Befehle unter Berufung auf ihre angebliche Unverbindlichkeit nicht zu befolgen, auf ein Minimum herabzusetzen, den Soldaten also letztlich "befehlsfreudiger" zu machen (345). Wobei hinzukommt, daß in diesen Fällen das Befolgen des Befehls für den Soldaten keinerlei Risiko bedeutet (346), da eine Verpflichtung, alle unverbindliche Befehle nicht zu befolgen, nicht besteht. So kann § 22 Abs.3 WStG den Soldaten durchaus dahingehend beeinflussen, den Befehlen seiner Vorgesetzten stets zu gehorchen, um auf diese Weise das Risiko, sich bei der Frage der Unverbindlichkeit möglicherweise zu irren, von vornherein auszuschließen. Je geringer jedoch

---

343) Übereinstimmend Eb.SCHMIDT NZWehrR 1968,161 und METZNER Wehrkunde 1959,487.

344) Noch stärkere Bedenken bei OEHLER JuS 1963,301(306).

345) Vgl.dazu SCHWAIGER, Dissertation, S.224; so ähnlich LAMMICH NZWehrR 1970,47(53f.) und SCHERER, SG, § 11 Anm.II 4.

346) Dieses Argument wird immer wieder zur Rechtfertigung der gesetzl.Regelung angeführt,vgl.DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.13.

die Fälle einer Befehlsverweigerung sind, desto gesicherter dürfte auch die Disziplin der Truppe sein. Aber nur unter dieser Bedingung ist der militärische Erfolg gesichert.

Das Wissen, daß jedes Nichtbefolgen eines verbindlichen Befehls Strafe nach sich zieht, könnte den Untergebenen deshalb zwingen und dazu anhalten, mit der Nichtausführung eines Befehls selbst dann sehr vorsichtig zu sein, wenn er glaubt, seiner Sache ziemlich sicher sein zu dürfen (347). Diese Art von psychologischem Hemnis könnte tatsächlich geeignet sein, Befehlsverweigerungen infolge Irrtums über die Verbindlichkeit überhaupt relativ niedrig zu halten (348), um damit zum Teil der Gefahr zu begegnen, die mit der ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung eines umfangreichen Katalogs von Unverbindlichkeitsgründen mit Sicherheit entstanden ist (349).

---

347) Diesen Sinn sehen auch DREHER JZ 1957,393(396),v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8, LAMMICH NZWehrR 1970,47(51), SCHWAIGER, Dissertation,S.224 und HIRSCHMANN S.203 in § 22 Abs.3 WStG.

348) Also insbesondere auch die Fälle zu verhindern helfen,bei denen dann nachträglich vom Gericht ein vermeidbarer Irrtum festgestellt wird. Dann kann zwar Strafe verhängt werden, aber wichtiger erscheint es, im Interesse der Einsatzbereitschaft diese Fälle nach Möglichkeit überhaupt von vornherein zu verhindern, denn jede Gehorsamsverweigerung bedeutet das Nichtausführen eines verbindlichen Befehls, was u.U. den militärischen Erfolg gefährden kann.

349) Dadurch, daß die Unverbindlichkeitsgründe, zumindest diejenigen, die im Gesetz ausdrücklich genannt werden, erheblich vermehrt worden sind (zu den Beweggründen vgl. REHM Wehrkunde 1956,326(327)), wurde naturgemäß die Gefahr von vermeintlichen, aber auch tatsächlichen Irrtumsfällen vergrößert (so auch SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(25f.), ähnlich LAMMICH NZWehrR 1970,47(53)). Der Entwurf eines SG hatte unter Berufung auf die Schweiz nur den verbrecherischen Befehl für unverbindlich erklärt (vgl. Amtl.Begr.SG S.21 und RITTAU, SG, § 11 Anm.II). Alle anderen Befehle hätten dann grundsätzlich befolgt werden müssen (so fordert es SCHROEDER a.a.O. S.27). Deshalb ist im Schweizer Dienstreglement von 1954 bestimmt:
"Jeder Untergebene ist dem Vorgesetzten zu Gehorsam verpflichtet. Er hat jeden erhaltenen Befehl so gut und so rasch als möglich auszuführen. Die persönliche Meinung des Untergebenen fällt hierbei nicht in Betracht. Eine einzige und seltene Ausnahme liegt vor, wenn der Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens fordert (Militärstrafgesetzbuch Art.18). In allen anderen Fällen ist die Verweigerung des Gehorsams strafbar"(zitiert nach SCHROEDER a.a.O. S.24).

Da jedoch die Disziplin einer Armee nicht bloßer Selbstzweck ist, sondern die Voraussetzung für eine hohe Kampfkraft und ständige Einsatzbereitschaft, müssen in den letzteren Kriterien die entscheidenden Gesichtspunkte gesehen werden. Eine Armee kann nur dann ein wirkungsvolles Instrument der Landesverteidigung sein, wenn ihre Führung die Gewißheit hat, daß jedem Befehl auch Folge geleistet wird. Deshalb ist es auch so wichtig, daß die Vorgesetzten sich darauf verlassen können, daß ihre Befehle ausgeführt werden. Dies setzt eine gewisse "Befehlsfreudigkeit" bei jedem einzelnen Soldaten voraus. Der militärische Erfolg darf nicht dadurch gefährdet werden, daß ein Befehlsempfänger irrtümlicherweise glaubt, der Befehl sei unverbindlich und brauche deshalb nicht ausgeführt zu werden.

Wie oben gezeigt worden ist, kann und soll § 22 Abs.3 WStG nach der Intention des Gesetzgebers in dieser Richtung wirken (350). Selbst wenn der Untergebene seiner Sache ziemlich sicher sein sollte, soll bei ihm die Bereitschaft vorhanden sein, den erteilten Befehl trotz aller Bedenken doch eher zu befolgen als das Gegenteil zu tun (351). Unbedenklich erscheint diese Forderung dann, wenn der Untergebene sich im Ergebnis geirrt hätte. Anders könnte dies nur dann sein, wenn der Befehl tatsächlich unverbindlich gewesen wäre. In diesem Falle würde eine derartige "Befehlsfreudigkeit" - wie sie hier gefordert wird - dazu führen, daß ein nicht verbindlicher Befehl doch ausgeführt würde. Ein solcher Fall dürfte jedoch nur vorkommen, wenn

---

350) Dies betont auch LAMMICH NZWehrR 1970,47(53). Den gleichen Sinn sieht auch SCHERER (SG, § 11 Anm.II 4) in dieser Regelung, wenn er sagt: "Das zwingt den Untergebenen, mit spontanem Ungehorsam vorsichtig zu sein". Vgl. dazu auch JESCHECK, Bw und Recht, S.88.

351) Schlagwortartig wird ein solches Verhalten mit dem Satz umschrieben:"Erst gehorchen, dann beschweren". In jedem Fall wird dadurch eine demonstrative Befehlsverweigerung verhindert. Eine mögliche Beeinträchtigung der Disziplin kann es nicht geben (dazu BRUNESS Wehrkunde 1968,350(351)). Auch der militärische Erfolg ist zu keiner Zeit gefährdet, weil der Befehl ja ausgeführt worden ist. Dies insbesondere für Irrtumsfälle zu erreichen, dürfte im Grunde völlig unbedenklich sein.

die Unverbindlichkeit nicht ganz offensichtlich ist(352). Dies muß jedoch als das kleinere Übel angesehen werden, wenn auf der anderen Seite erreicht wird, daß v e r b i n d l i c h e Befehle nach Möglichkeit stets ausgeführt werden, denn nur bei einer entsprechenden Befehlsfreudigkeit der Soldaten ist die Gefahr von Befehlsverweigerungen infolge eines Irrtums über die Verbindlichkeit so gut wie ausgeschlossen.

5) Bevor die letztlich entscheidende Frage geklärt werden soll, ob die Gründe, die soeben genannt worden sind, geeignet und stichhaltig genug sind, die Regelung, wie sie in § 22 Abs.3 WStG erfolgt ist, zu rechtfertigen, ist es zweckmäßig, sich zunächst über die Bedeutung dieser Gründe völlige Klarheit zu verschaffen. Die notwendige Abwägung gegenüber den Erfordernissen des strafrechtlichen Schuldprinzips dürfte dann sicherlich leichter fallen.

Wie wir soeben gesehen haben, gehen die Intentionen des Gesetzgebers dahin, die Einsatz- und Verteidigungsbereitschaft der Streitkräfte besser zu gewährleisten und damit die Schlagkraft der Bundeswehr zu erhöhen. Daß dafür eine strikte Befehlsausführung durch die Untergebenen notwendig ist, ebenso wie eine strenge Disziplin der Truppe, wird immer wieder betont (353) und kann nicht ernsthaft bestritten werden. Der strenge soldatische Gehorsam ist

---

352) Um verbrecherische Befehle kann es sich hierbei nicht handeln, denn diese darf der Soldat nicht ausführen. Bei § 22 Abs.3 WStG handelt es sich um solche Befehle, die der Untergebene ausführen kann aber nicht braucht.

353) Vgl. z.B. nur folgende Äußerungen von
METZNER:"Gehorsam und Disziplin auf der einen, Verantwortung und Fürsorge auf der anderen Seite sind die Pfeiler des inneren Gefüges jeder Truppe"(Wehrkunde 1959,487(489)).
MAYER:"Jede Truppe der Welt bedarf zur Einhaltung ihrer Kampfkraft und Einsatzbereitschaft unbedingte Disziplin und rücksichtslosen Gehorsam, der bis zur Aufgabe des Lebens geht"(DÖV 1954,66(68)).
Gerhard BAUMANN:"Auf diese Disziplin und den von der Sache her zu fordernden Gehorsam kann keine Armee verzichten"(Wehrkunde 1964,341(343)).
Interessant hierzu auch der Aufsatz von RENDULIC "Über Disziplin" in Wehrkunde 1961,355ff. und die Ausführungen von BEHRENS in Wehrkunde 1968,418(421ff.).

und bleibt wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Armee (354). Eine gewissenhafte Befehlsausführung durch alle Untergebenen kommt letzten Endes auch jedem einzelnen Soldaten zugute (355). Das reibungslose Ineinandergreifen von Befehl und Gehorsam kann im Kriege - aber auch im Frieden (356) - unter Umständen für viele lebensrettend sein (357).

Schon auf Grund dieser sehr oberflächlichen Erwägungen läßt sich erkennen, wie wichtig es für alle sein kann, daß sich die Vorgesetzten darauf verlassen können, daß ihre Untergebenen die ihnen erteilten Befehle schnell und gewissenhaft ausführen. Dies ergibt sich zwangsläufig aus allgemeinen militärischen Notwendigkeiten (358), wobei keinesfalls einem unbedingten Gehorsam im negativen Sinne das Wort geredet werden soll (359). Wenn nunmehr der Gesetzgeber durch eine entsprechende gesetzliche Regelung versucht, dieses Ziel - schnelle Ausführung nach Möglichkeit aller verbindlichen Befehle - nachhaltiger zu verwirk-

---

354) Bereits MOLTKE hat gesagt: "Disziplin ist die ganze Seele der Armee"(zitiert nach Eb.SCHMIDT NZWehrR 1968,161).

355) Dies betonen u.a. auch METZNER Wehrkunde 1959,487(489) und SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(26).

356) Vgl. METZNER Wehrkunde 1959,487(488), der hier als augenscheinlichstes Beispiel das sog. Iller-Unglück bespricht.

357) Vgl. dazu nur SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(26):"In Friedenszeiten droht bei irrtümlicher Nichtausführung eines Befehls 'nur' die Freiheitsstrafe, im Kriege aber der Tod - !"; so ähnlich auch METZNER Wehrkunde 1959,487(488) und GRIMM Wehrkunde 1968,124(126); vgl. auch ARNDT, Grundriß, S.166, BAHRT, Rechtsstaat, S.32 und 40.

358) Das BVerfG hat dazu folgendes ausgeführt: "Die eigenmächtige Dienstverweigerung von Soldaten bedeutet angesichts des hohen Grades der Technisierung eine erhebliche Unsicherheit und damit eine Gefahr für die ständige und jederzeitige volle Einsatzbereitschaft der Streitkräfte.Mit der Schwächung der Einsatzbereitschaft wird unter Umständen aber auch die Sicherheit des Staates gefährdet"(BVerfG 28,243(261). Bezeichnend auch BARTH, Rechtsstaat, S.39: "Daß der Gehorsam das Lebensgesetz jeder Armee ist, ist ein Gemeinplatz". Vgl. auch FAUST Wehrkunde 1963,375(377), MANN DÖV 1960,409f. und MÜLLER Wehrkunde 1960,570.

359) Dazu ausführlich TESKE Wehrkunde 1963,657ff.; vgl. auch die Stellungnahme dazu von v.BAUDISSIN Wehrkunde 1964,223; siehe auch SCHIERHOLT S.13f.

lichen, so kann diesem Bemühen nicht von vornherein jeglicher Wert abgesprochen werden. Das schon von der Sache her verständliche Interesse des Gesetzgebers, die Schlagkraft der Bundeswehr zu erhalten und zu stärken, hat jedoch noch eine andere, nämlich eine verfassungsrechtliche Seite. Die Stärkung der miltärischen Kampfkraft ist eine gesetzgeberische Aufgabe, die durch die Verfassung selbst allen staatlichen Organen auferlegt worden ist(360).

Aus dem Grundgesetz ergibt sich als verfassungsrechtliche Pflicht aller staatlichen Gewalt die Sicherung des inneren Gefüges der Streitkräfte, die imstande sein müssen, ihre militärischen Aufgaben wirkungsvoll zu erfüllen. Deshalb kommt der Einrichtung und der Funktionstüchtigkeit der Bundeswehr verfassungsrechtlicher Rang zu. Dies hat das BVerfG in einer Entscheidung vom 26.5.1970 erstmals anerkannt (361) und diese Auffassung in einem Beschluß vom 12.10.1971 ausdrücklich bestätigt (362). Und zwar folgert das Gericht dies aus einer Gesamtschau der Art. 12a Abs.1, 73 Nr.1 und 87a Abs.1 Satz 1 GG, durch die die Wehrpflicht ohne Zweifel zu einer verfassungsrechtlichen Pflicht gemacht worden sei. Gleichzeitig sei damit, so erklärt das Gericht, eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die Verteidigung getroffen worden.

Durch Art.12a Abs.1 GG ist die Wehrpflicht nunmehr eindeutig verfassungkräftig festgelegt (363). Gemäß Art.73 Nr.1

---

360) So bereits RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(128).

361) BVerfG 28,243(261), vgl. auch BVerfG 28,36(47) und 28, 264(276); zustimmend LEIBHOLZ-RINCK Art.4 Anm.9 (S.182), LEPA DVBl 1972,161(166), SCHULTZ S.9 und DOWIE S.33 in Anm.1 und S.27f.

362) BVerfG 32,40(46).

363) So jetzt auch MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.73 Rdnr.40 und Art. 12a Rdnr.1. Nach früher herrschender Ansicht sollte dies im Zusammenhang mit der Regelung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art.73 Nr.1 GG a.F. geschehen sein (vgl. noch MENZEL in Bonner Kommentar Nachtrag zu Art.73 Nr.1 Anm.II 4 (S.5)). Dies war jedoch nicht ganz unbestritten gewesen, insbesondere wurde die Meinung vertreten, daß Art.73 Nr.1 GG a.F. durch die eingefügte Ermächtigung zur Einführung der allgemeinen Wehrpflicht zu einer sog. "verfassungswidrigen Verfassungsnorm" geworden sei (vgl. dazu

des Grundgesetzes hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf die "Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung". Dem Begriff "Verteidigung" wird umfassende Bedeutung zu gemessen(364). Er umfaßt all diejenigen Maßnahmen, die erforderlich und notwendig sind, um einen kriegerischen Angriff erfolgreich abwehren zu können (364). Daß hierzu in aller erster Linie eine schlagkräftige Truppe gehört, versteht sich von selbst. Deshalb fallen unter den Begriff der Verteidigung auch alle die gesetzlichen Maßnahmen, die dazu dienen, die Disziplin der Streitkräfte zu wahren und aufrechtzuerhalten, um dadurch die Einsatz- und Verteidigungsbereitschaft der Bundeswehr zu erhalten und zu stärken (366).

Abschließend soll noch eine kurze Passage aus einer Entscheidung des BVerfG mitgeteilt werden: "Der in Art.87a Abs.1 Satz 1 GG erteilte Verfassungsauftrag umfaßt auch das Gebot, das innere Gefüge der aufzustellenden Streitkräfte so zu gestalten, daß sie ihren militärischen Aufgaben gewachsen sind. Eine Armee kann nicht ohne Disziplin bestehen"(367). Damit dürfte feststehen, daß der Gesetzgeber, als er sich mit den oben näher dargelegten Intentionen für eine Vorschrift wie den § 22 Abs.3 WStG entschied, wenigstens versucht hat, einer Aufgabe nachzukommen, die ihm von Verfassungs wegen aufgegeben worden ist. Überhaupt muß das WStG ebenso wie die WDO als Konkretisierung dieses Verfassungsgebotes angesehen werden (368).

---

ausführlich BVerfG 12,45(45f.) und LEIBHOLZ-RINCK Art.73 Anm.1). Durch die Einfügung des Art.12a in das GG dürfte nunmehr endgültig allein durch diesen Artikel die Wehrpflicht verfassungskräftig verankert sein (vgl. dazu noch HAMANN-LENZ Art.12a Anm.B 1 und Art.73 Anm.B 2 und MODEL-MÜLLER Art.12a Anm.1).

364) So MENZEL in Bonner Kommentar Nachtrag zu Art.73 Anm.II 5 (S.6); vgl. auch v.MANGOLDT-KLEIN Art.73 Anm.IV 4 b (S.1467), HAMANN-LENZ Art.73 Anm.B 2 und die in der folgenden Anmerkung genannten Autoren.

365) Vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art.73 Rdnr.41 und SCHMIDT-BLEIBTREU Art.73 Rdnr.10.

366) Ebenso RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129).

367) BVerfG 28,40(47).

368) So ähnlich bereits RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129). Vgl. auch BVerfG 28,40(47).

6) Nunmehr muß zu der entscheidenden Frage Stellung genommen werden, ob hier im speziellen Fall eine Durchbrechung des Schuldprinzips von der Sache her für so erforderlich gehalten werden muß, daß deshalb § 22 Abs.3 WStG als gerechtfertigt betrachtet werden kann.

a) Wie diese Frage zu entscheiden ist, ob also das Ergebnis verfassungsmäßig oder verfassungswidrig lauten muß, hängt von einer Abwägung der widerstreitenden Interessen im jeweiligen Einzelfall ab (369). Naturgemäß ist es nun ziemlich schwierig, das in der Verfassung verankerte strafrechtliche Schuldprinzip und die ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestattete Funktionsfähigkeit der Bundeswehr gegeneinander abzuwägen. Daß es sich bei der zu fordernden hohen Kampfkraft und der ständigen und wirkungsvollen Einsatz- und Verteidigungsbereitschaft der Streitkräfte um einen hohen verfassungsrechtlichen Wert handelt, kann ernsthaft nicht bestritten werden. Dies ergibt sich bereits aus der einfachen Überlegung, daß ohne entprechende Schlagfertigkeit der Bundeswehr im Falle eines Angriffs die Existenz des Staates bedroht wäre (370), und dadurch letztlich eventuell alle verfassungsrechtlich geschützten Werte überhaupt verloren gehen könnten. Daher war es durchaus richtig, daß sich der Gesetzgeber um die Kampfkraft und Funktionstüchtigkeit der Streitkräfte in besonderer Weise Gedanken gemacht hat.
All dies wird im Grunde von den Gegnern des § 22 Abs.3 WStG auch gar nicht bestritten. Geleugnet wird jedoch, daß deshalb eine Regelung wie § 22 Abs.3 WStG sie enthält, unbedingt e r f o r d e r l i c h gewesen wäre. Insbesondere sind hier STREE und SCHLOSSER (371) zu nennen, die beide die Notwendigkeit des § 22 Abs.3 WStG verneint haben.

b) Welches sind nun die Gründe, die SREE und SCHLOSSER für so beachtlich gehalten haben, daß sie hier im konkreten Fall im Gegensatz zum Gesetzgeber und einem großen Teil der ein-

---

369) Näher dazu bereits oben S.110ff.

370) Ähnlich BVerfG 28,243(261).

371) Vgl. STREE, Deliktsfolgen, S.53 in Anm.163 und SCHLOSSER, Dissertation, S.151f., ebenso in JZ 1958,526(529f.).

schlägigen Literatur (372) die Erforderlichkeit einer Durchbrechung des strafrechtlichen Schuldprinzips ablehnen. Warum soll hier der Staatsraison - mit der bei SCHÖNKE-SCHRÖDER der § 22 Abs.3 WStG gerechtfertigt wird (373) - doch nicht der Vorrang einzuräumen sein?

(1) STREE will bei § 22 Abs.3 WStG deshalb ein Erfordernis für eine Durchbrechung des Schuldgrundsatzes nicht anerkennen, weil er meint, daß die seltenen Fälle eines unvermeidbaren Verbotsirrtums keiner Bestrafung bedürften. Wörtlich lautet der entscheidende Satz (374): "Da...der Irrtum regelmäßig vermeidbar sein wird, ist die Sicherung der geschützten Rechtsgüter keineswegs ungenügend, wenn in den Ausnahmefällen eines unvermeidbaren Irrtums von Strafe abgesehen wird" (375).

STREE ist zuzugeben, daß es sich bei den Fällen, in denen tatsächlich ein unvermeidbarer Irrtum angenommen werden muß, nur um seltene Ausnahmen handeln kann, wenn man gleichzeitig bedenkt, welch hohe Anforderungen gerade die Rechtsprechung an die Vermeidbarkeit stellt (376). So weit ersichtlich wurde auch bisher erst ein Urteil veröffentlicht, wo ein schuldloser Irrtum in diesem Zusammenhang bejaht wurde (377). Die Rechtswirklichkeit könnte STREE demnach recht geben.

Der Ausgangspunkt seiner Argumentation ist jedoch nicht zutreffend. Es geht hier nicht allein darum, die Möglich-

---

372) Genannt seien z.B. nur DREHER JZ 1957,393(396), JESCHECK, Bw und Recht, S.88, LERCHE, Grundrechte, S.504 in Anm.196, RITTAU, WStG, § 22 Anm.4, SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem.Rdnr.78 vor § 51, SCHWENCK in RWStR Anm. zu Nr.6 zu § 22 WStG.

373) SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. Rdnr.78 vor § 51.

374) STREE, Deliktsfolgen, S.53 in Anm.163.

375) Ähnlich argumentiert auch SCHLOSSER, Dissertation, S.151, wenn er im Anschluß an STREE sagt:"..werden die Fälle eines unverschuldeten Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls so selten sein, daß die Straflosigkeit, die sie zur Folge haben, schwerlich die Disziplin im allgemeinen beeinträchtigen kann". Fast genauso in JZ 1958,526 (529). Vgl. auch SCHWAIGER, Dissertation, S.228f.

376) Vgl. dazu insgesamt STRAUSS (Dieter), Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum (Diss. München 1968).

377) LG Braunschweig (abgedruckt in RWStR Nr.6 zu § 22 WStG).

keit einer Bestrafung zu schaffen. Die Notwendigkeit,den Untergebenen in diesen Fällen zu bestrafen, wurde hier ebenfalls verneint. Aber der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung in § 22 Abs.3 WStG sollte nicht vordergründig nur darin gesehen werden, sondern vielmehr in der Tatsache, daß damit eine Art von"psychologischem Mechanismus" in dem Sinne geschaffen werden soll, wie er oben bereits ausführlich dargestellt worden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Sinn des § 22 Abs.3 WStG nicht, unbedingt eine Bestrafung zu ermöglichen, sondern das Ziel dieser Vorschrift ist es, dazu beizutragen, die Nichtausführung verbindlicher Befehle infolge Irrtums überhaupt zu vermeiden. Es kann sein, daß sich damit auch unvermeidbare Irrtumsfälle verhindern lassen. Viel wichtiger erscheint dagegen, daß dadurch die Zahl der vermeidbaren Irrtümer verringert werden kann. Also auch die Fälle, wo die Möglichkeit einer Bestrafung dann von niemanden bestritten wird.

Sieht man den Sinn der Regelung in § 22 Abs.3 WStG unter diesem Gesichtspunkt, dann geht das Argument von STREE naturgemäß ins Leere. Im Interesse einer höchst möglichsten Einsatz- und Verteidigungsbereitschaft muß dem Gesetzgeber daran gelegen sein, daß verbindliche Befehle nach Möglichkeit von den Untergebenen auch stets ausgeführt werden und nicht der persönliche Irrtum eines Soldaten unter Umständen den gesamten militärischen Erfolg gefährdet. Was nützt dann noch eine anschließende Bestrafung? Deshalb kann es nicht so sehr um die Möglichkeit, anschließend bestrafen zu können, gehen, als vielmehr darum, Irrtumsfälle überhaupt zu vermeiden. Dieses Ziel erscheint legitim. Als dafür durchaus geeignet muß es angesehen werden, dem Soldaten klarzumachen, welches Risiko es für ihn bedeutet, einen Befehl nicht auszuführen, weil er möglicherweise unverbindlich sein könnte. Da jeder weiß, wie oft man sich täuscht, kann hieraus die Bereitschaft bei den Soldaten erwachsen, einem Befehl doch eher zu gehorchen als den Gehorsam zu verweigern. Womit dann das gesteckte Ziel erreicht wäre.

(2) Anders als STREE sieht SCHLOSSER den entscheidenden Einwand

gegen die Regelung in § 22 Abs.3 WStG darin, daß das Beispiel Schweiz beweise, daß auch eine schuldangemessenere Regelung denkbar wäre (378). Weil in der Schweiz gemäß Art.17 des Schweizerischen MStGB von 1928 in allen Fällen des Verbotsirrtums von Strafe abgesehen werden könne(379), liege darin der Beweis, daß alles Gerede von der Aufrechterhaltung der Disziplin nicht stichhaltig genug sei, denn der schweizerischen Armee könne man nicht Disziplinlosigkeit vorwerfen (380). Wenn, so fährt SCHLOSSER wörtlich fort, "es auch nur ein Land gibt,...., so ist die These, eine dem Art.22 III WehrStG entsprechende Regelung müsse aus militärischen Notwendigkeiten aufgestellt werden, zerstört. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht eine unvergleichbare Mentalität des anderen Staatsvolkes einer Analogie im Wege steht"(381). SCHLOSSER glaubt, die Vergleichbarkeit bejahen zu können. Dies dürfte aus folgenden Gründen zu bezweifeln sein (382):

Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß in der Schweiz der unvermeidbare Verbotsirrtum durchaus nicht als Schuldausschließungsgrund anerkannt wird. Das Gericht kann le-

---

378) Der entscheidende Satz lautet: "Wie das Schweizer Beispiel zeigt, tut es aber der Disziplin der Truppe keinen Abbruch, wenn man darauf verzichtet, einen Soldaten zu bestrafen, der in entschuldbarem Verbotsirrtum einen Befehl nicht befolgt (JZ 1958,526(530)).

379) Zu der Schweizer Regelung ausführlich SCHIERHOLT S.91f.

380) So SCHLOSSER in JZ 1958,526(529) und Dissertation S.151f.; darauf beruft sich auch SCHWAIGER, Dissertation, S.229. Einen so großen Unterschied sieht SCHIERHOLT (S.90) offenbar nicht, wenn er schreibt: Die Sonderregelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG "kommt der bürgerlich- und militärstrafrechtlichen Regelung der Schweiz sehr nahe".

381) Dissertation S.151f.

382) Dabei wird bewußt die Frage ausgespart, ob sich eventuell nur in den gesetzlichen Bestimmungen, nicht aber in der tatsächlichen Praxis ein Unterschied konstruieren läßt. Einige Hinweise deuten darauf hin, was natürlich SCHLOSSER's Argument sofort entkräften würde. So liest man z.B. bei SCHOCH, Der Ungehorsam im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. Bern 1943, auf S.36 in diesem Zusammenhang:"...wenn das Resultat deiner Prüfung falsch ist, so hast du das zu verantworten". Dies entspricht genau dem Standpunkt des § 22 Abs.3 WStG. Wobei zu beachten bleibt, daß dieser Satz auf einen Fall gemünzt ist, für den bei uns § 22 Abs.2 WStG gilt !

diglich (fakultativ) von Strafe absehen (383). Daß auch in der Verurteilung unter Absehen von Strafe ein Vorwurf und damit ein Makel steckt, erkennt selbst SCHLOSSER an (384). Dazu hat sich neuerdings auch WAGNER (385) geäußert und diese Auffassung bestätigt. Wenn überhaupt, so muß der entscheidende diskriminierende Akt (386) als Ausdruck der Vorwerfbarkeit eines Verhaltens in der Verurteilung selbst gesehen werden und nicht in der tatsächlich verhängten Strafe (387). So müßte das strafrechtliche Schuldprinzip nicht eigentlich als "Keine Strafe ohne Schuld", sondern vielleicht noch genauer als "Keine strafrechtliche Verurteilung ohne Schuld" formuliert werden(388). In der Art der "Rechtsfolgen" dürfte also sicherlich ein Unterschied zu dem schweizerischen Recht bestehen, denn, wenn es § 22 Abs.3 WStG nicht gäbe, dann müßte der deutsche Soldat in jedem Fall sogar freigesprochen werden, wenn er im unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt hat. Mit einem Freispruch würde in der Schweiz das Verfahren dagegen nicht enden.

Aber dies dürfte vielleicht noch nicht das eigentlich Entscheidende sein, obwohl ein Unterschied nicht zu verkennen ist. Der Grund, weshalb eine Vergleichbarkeit wohl zu

---

383) SCHIERHOLT gibt in seiner Dissertation einen vergleichenden Überblick über das Nichtbefolgen von Befehlen im deutschen und schweizerischen Recht. Hier an dieser Stelle interessieren die S.89-93. Auf S.89 betont er, daß das Absehen von Strafe nicht den Schuldvorwurf beseitige.

384) Vgl. Dissertation S.20 besonders in Anm.76 und S.125; wie im Text auch LACKNER Ndschr. Bd.13,S.69.

385) In: GA 1972,33(36),ebenso MAIWALD ZStW 83(1971),663(669).

386) Nach STREE, Deliktsfolgen, S.52 ist mit der Strafe eine sozialethisch diskriminierende Wirkung verbunden. Wegen dieser Wirkung lehnt STREE z.B. die spezialpräventive Erhöhung der Strafe ab (S.55), deren Vereinbarung mit der Menschenwürde anderenfalls bejaht werden könnte (S.50).

387) Ebenso WAGNER GA 1972,33(36f.); vgl. auch BayObLG JZ 1972, 287. Deshalb erscheint es auch widersprüchlich, wenn bei MAUNZ-DÜRIG-HERZOG(Art.1 Rdnr.32 Anm.4) die Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs.3 WStG mit der Begründung verneint wird,weil keine Möglichkeit bestehe, auch von Strafe abzusehen.

388) Anders möglicherweise SCHLOSSER, Dissertation, S.20f. besonders Anm.76 und S.125; vgl.jedoch WAGNER GA 1972,33(41) und MAIWALD ZStW 83(1971),663(666).

verneinen ist, liegt noch etwas tiefer. Er muß darin gesehen werden, daß die Bestimmungen, die in beiden Ländern das Sachgebiet "Befehl und Gehorsam" gesetzlich regeln, sich doch sehr beträchtlich voneinander unterscheiden(389). Wir erinnern uns, daß der Entwurf zu einem Soldatengesetz ähnlich wie in der Schweiz im Gesetz nur einen Unverbindlichkeitsgrund ausdrücklich genannt hatte. Der Befehl sollte lediglich dann unverbindlich sein, wenn er die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens zum Inhalt hat. Außer bei dieser sicherlich seltenen Ausnahme werde in allen übrigen Fällen, so kann das Schweizerische Dienstreglement nachdrücklich darauf hinweisen, die Verweigerung des Gehorsams bestraft.

Vergleicht man allein den Wortlaut dieser Bestimmung(390) mit § 11 SG, so ist der Unterschied evident. In der vergleichbaren deutschen Vorschrift werden insgesamt drei zum Teil sehr weitreichende und schwer präzisierbare Unverbindlichkeitsgründe genannt. Ein Blick auf § 22 Abs.1 Satz 1 WStG zeigt dann ganz klar, daß dies noch nicht einmal die einzigen sind, sondern der Gesetzgeber hier völlig unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hat und für jeden erkennbar, daß es darüber hinaus noch andere geben kann. Wieviel einfacher hat es dagegen der schweizerische Vorgesetzte, wenn er den Soldaten an Hand der gesetzlichen Bestimmungen die schwierige Befehlslehre erklären soll. Er kann ihnen sagen, daß jeder Ungehorsam grundsätzlich bestraft wird (391), anders nur bei der seltenen Ausnahme, daß es sich um einen sog. verbrecherischen Befehl handeln sollte. Das ist klar und verständlich.

Dagegen muß der deutsche Vorgesetzte zunächst erklären, daß

---

389) Auch SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(24) spricht ausdrücklich von einem "grundlegenden Unterschied".

390) Vollständig wiedergegeben oben S.119 Anm.349.

391) So steht es jedenfalls in dem dem Soldatengesetz vergleichbaren Dienstreglement. Dort kann es jederzeit nachgelesen werden. Es soll nicht verschwiegen werden, daß es nicht ganz korrekt ist. Dies versucht SCHIERHOLT (S.62ff.) nachzuweisen. Möglicherweise ist der deutsche Gesetzgeber Opfer seiner Vorliebe zu perfektionistischen Regelungen geworden. Vgl. aber sogleich im Text.

es unverbindliche Befehle gibt und solche, die verbindlich sind, also befolgt werden müssen. Bei den unverbindlichen Befehlen wiederum dürfen einige ohne jegliches persönliches Risiko ausgeführt werden, so daß "Gehorsam" unter Umständen nur bei den verbrecherischen Befehlen schaden kann. Als Unverbindlichkeitsgründe nennt das Gesetz ausdrücklich drei. Aber offensichtlich gibt es noch weitere, nur wieviel und welche, das ist noch nicht ganz geklärt. Wenn jetzt nicht bald wenigstens das klärende Wort fällt, daß jedoch bei Nichtausführung aller verbindlicher Befehle (welche sind das nun genau?) gestraft wird (hier dürfte der Hinweis auf § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG angebracht sein), ist der (unerfahrene) Untergebene sonst noch versucht zu glauben, daß Gehorsam die Ausnahme und das Nichtbefolgen der Grundsatz sei. Das ist sicherlich überspitzt ausgedrückt, trifft aber möglicherweise genau den Kern des Problems. Diese perfektionistische und für den einfachen Soldaten schwer verständliche Regelung stieß deshalb im Schrifttum auf erhebliche Kritik (392).

Zwar soll und kann mit SCHLOSSER nicht bestritten werden, daß die Mentalität des deutschen und des schweizerischen Volkes nicht allzu sehr verschieden ist. Das heißt jedoch - wie so oft - nicht, daß das Recht beider Länder es nicht auch wäre. Wie wir gesehen haben, besteht ein gewaltiger Unterschied in der gesetzlichen Regelung dieses Sachgebietes (393), der eine Vergleichbarkeit wohl ausschließt. Dies

392) So z.B. Eb.SCHMIDT JZ 1960,188(auf S.189:"..nicht ohne eine mißglückte perfektionistische Tendenz..") und ebenso in NZWehrR 1968,161; RITTAU,WStG,Vorbem.2 VI vor § 19:"..die ungemein schwierige Befehlslehre...nicht vereinfacht, sondern noch undurchsichtiger geworden.."); auch DREHER JZ 1957,393(396) nennt die Regelung kompliziert; ähnlich auch OEHLER JuS 1963,301(306); vgl. auch SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(26f.); a.A. dagegen KOPP Wehrkunde 1964,107(108). Sicherlich muß SCHLOSSER (Dissertation S.151) darin beigepflichtet werden, daß es Pflicht der militärischen Führung sei, den Untergebenen gründlich über die Möglichkeit, einen Befehl zu verweigern, aufzuklären. Nur wenn er daraus folgert, daß dadurch Irrtumsfälle zu etwas Seltenen werden, dürfte dies nicht richtig sein. Vgl. dazu auch Eb.SCHMIDT a.a.O. und SCHREIBER Wehrkunde 1964,392.

393) Daß dieser Annahme im Grunde kaum widersprochen werden kann, dürfte auch die Untersuchung von SCHROEDER in Wehrkunde 1956,22(24) gezeigt haben.

dürfte SCHLOSSER nicht genügend beachtet haben.

Ein Satz im Soldatengesetz nach der perfektionistisch anmutenden Aufzählung einiger Unverbindlichkeitsgründe, daß deren irrige Annahme nicht von der Verantwortung befreit, versteht sich in diesem Fall bald wie von selbst, um vermeintlichen oder tatsächlichen Irrtumsfällen nicht Tor und Tür zu öffnen. Dies erscheint auch bereits deshalb notwendig, weil sonst bei so vielen im Gesetz selbst genannten Ausnahmen von einem Grundsatz, daß der Soldat seinen Vorgesetzten zu gehorchen habe (vgl. § 11 Abs.1 Satz 1 SG), bald nicht mehr gesprochen werden könnte(394). Und an diesem Grundsatz, daß erteilte Befehle ohne langes Überlegen schnell und unverzüglich ausgeführt werden, soll doch festgehalten werden.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß das deutsche Recht durch die ausdrückliche, sehr dezidierte gesetzliche Regelung der Unverbindlichkeit von Befehlen und damit der Gehorsamspflicht den berechtigten Belangen der Untergebenen bedeutend mehr entgegenkommt als vergleichsweise die Schweiz (395). Jedoch muß dabei gleichzeitig betont werden, daß man sich wahrscheinlich weniger leicht über etwas irren wird, wenn es nicht ausdrücklich im Gesetz als Unverbindlichkeitsgrund genannt ist (396). Wenn man etwas nicht kennt, besteht naturgemäß kein Grund dafür, es irrtümlich anzunehmen. Somit dürfte die Gefahr von Irrtumsfällen in der Schweiz wesentlich niedriger einzuschätzen sein. In dieser Tatsache muß wohl der entscheidende Unterschied gesehen werden, weshalb eine Vergleichbarkeit trotz gleicher Mentalität eben doch ausgeschlossen ist.

c) Die Einwendungen von STREE und SCHLOSSER gegen den § 22 Abs.3 WStG sind demnach nicht überzeugend. Ein Einwand

---

394) Bereits RITTAU Wehrw.Rdsch. 1961,125(129) hat vor der Gefahr gewarnt, "wenn von der grundsätzlichen Gehorsamspflicht des Soldaten allzu weitgehende Ausnahmen gemacht würden".

395) Dies erkennt auch SCHIERHOLT (S.66) an.

396) Auch LAMMICH pflichtet darin bei, daß der Gesetzgeber eine derartige Gefahr erkannt hat und mit Hilfe des § 22 Abs.3 WStG zu bannen versucht hat(NZWehrR 1970,47(53ff.).

könnte jedoch noch überlegenswert sein, der in der Literatur bisher - soweit ersichtlich - noch nicht erörtert worden ist. Wenn man grundsätzlich anerkennt, daß der Gesetzgeber im Interesse der Allgemeinheit dafür Sorge tragen muß, Irrtumsfälle über die Verbindlichkeit eines Befehls nach Möglichkeit zu verhindern, so taucht die Frage auf, ob dies eventuell auch durch andere Maßnahmen gewährleistet werden könnte. Der Gesetzgeber glaubte offensichtlich, auf eine strafrechtliche Bestimmung nicht verzichten zu können. Dabei liegt jedoch auch der Gedanke an das Disziplinarrecht nahe. Möglicherweise würde auch eine disziplinarrechtliche Ahndung ausreichen. Dieser Einwand scheint nicht völlig unberechtigt zu sein, denn zunächst spricht vieles dafür. Dennoch dürfte im Ergebnis die Verschiedenheit von militärischer Disziplinarmaßnahme und Wehrstraftat dagegen sprechen. Anderenfalls wäre es auch verwunderlich, weshalb dieser Gedanke bisher noch nicht erwogen worden ist.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß in § 11 SG ausdrücklich angeordnet worden ist, daß die irrige Annahme, es handele sich um einen unverbindlichen Befehl, nicht von der Verantwortung für den Ungehorsam befreit. Damit sollte zunächst einmal erreicht werden, daß das Verhalten des betreffenden Soldaten in jedem Fall als Dienstvergehen disziplinarrechtlich geahndet werden kann (397). Ungewiß ist demnach nur, ob außerdem die Möglichkeit einer strafrechtlichen Ahndung unbedingt erforderlich ist. Aus mehreren Gründen wird dies im Ergebnis wohl bejaht werden müssen.

Die wehrstrafrechtlichen Tatbestände sind allesamt Dienstvergehen (398). Zum Teil spricht man deshalb vom Wehrstrafgesetz als dem "aufgestockten Disziplinarrecht"(399). Dies ist insofern richtig, als alle Wehrstraftaten als Dienstvergehen unter erschwerten Umständen verstanden werden könnten. So stellt z.B. jedes Nichtbefolgen eines verbind-

---

397) Statt vieler SCHERER, SG, § 11 Anm. II 4.

398) BVerfG 32,40(49), ebenso KRIEGER S.132.

399) ARNDT, Grundriß, S.36 und 39; NEUDECK GA 1957,346(350).

lichen Befehls ein Dienstvergehen dar, weil der Soldat damit seine grundsätzliche Gehorsamspflicht gem. § 11 Abs.1 Satz 1 SG verletzt. Strafbar nach dem Wehrstrafgesetz ist die Verweigerung des Gehorsams nur dann, wenn gewisse erschwerende Umstände hinzutreten,so die Herbeiführung einer schweren Folge oder die demonstrative Art des Nichtgehorchens.Dadurch unterscheiden sie sich letztlich in erheblicher Weise von den reinen Disziplinarverstößen (400). Hier zeigt sich eine gewisse Parallele zu den Amtsdelikten des StGB. Deshalb konnte das BVerfG in diesem Zusammenhang folgendes feststellen (401):

"Ebenso wie die im Strafrecht erfaßten Dienstpflichtverletzungen um deswillen zum kriminellen Unrecht erhoben sind, weil sie nicht bloß 'interne' Bedeutung haben, so stören auch die im Wehrstrafgesetz zusammengefaßten Verfehlungen nicht nur die Ordnung des Dienstbetriebes, sondern gefährden oder verletzen zugleich sonstige allgemeine Rechtsgüter wie die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und die Verteidigungsbereitschaft der Truppe....Sie richten sich zwar gegen einen bestimmten Täterkreis, erweisen sich aber als allgemeine Strafnormen auch schon dadurch, daß sie Teilnahme durch Außenstehende erfassen".

Die Verhaltensweisen, die durch das WStG erfaßt werden, stellen demnach bereits derartiges Unrecht dar, daß kriminelle Bestrafung unbedingt erforderlich ist(402). Eine bloße disziplinarrechtliche Ahndung wäre hier in jedem Falle unangemessen(403). Dieser Unterschied wird ganz offenkundig, wenn man weiß, daß das BVerfG in ständiger Rechtsprechung eine disziplinarrechtliche neben einer strafrechtlichen Bestrafung als verfassungsmäßig anerkennt (404).

Daran wird jedoch auch deutlich, daß Strafrecht und Disziplinarrecht sich ihrer Zweckbestimmung nach erheblich

---

400) Ausführlich dazu KRIEGER S.132.

401) BVerfG 32,40(49).

402) Amtl.Begr.WStG S.12; v.HIPPEL NZWehrR 1969,217(224).

403) ARNDT, Grundriß, S.32;ähnl.v.HIPPEL NZWehrR 1969,217(226).

404) Ausdrücklich auch für den Soldaten aufrechterhalten, vgl. BVerfG 21,391(398ff.) und 21,378(383ff.), zuletzt BVerfG 32,40(50); ausführlicher KRIEGER S.138. In diesem Zusammenhang dürfte auch interessant sein, daß diese Art von zulässiger "Doppelbestrafung" erst seit 1961 wieder möglich ist (ausführlicher darüber ARNDT,Grundriß,S.36).

unterscheiden (405). Das letztere dient der Reinerhaltung des Berufstandes (406), das Strafrecht dagegen der Sicherung wichtiger Rechtsgüter vor deren Verletzung und damit ganz allgemein dem Rechtsfrieden (407). Außerdem muß daran erinnert werden, daß die schweren Disziplinarmaßnahmen für das Gros der Wehrpflichtigen nicht gilt (408). Wie sollte z.B. auch im Ernstfall die Entlassung aus dem Dienstverhältnis (§ 43 Abs.1 Nr.5 WDO) als schwerste Disziplinarmaßnahme sinnvoll sein? Dies könnte gerade bei Befehlsverweigerungen das ersehnte Endziel des Täters sein.

Durch eine Regelung im rein disziplinarischen Bereich könnte das gesteckte Ziel nicht immer erreicht werden, weil Strafsanktion und Disziplinarmaßnahme jeweils verschiedenartige Zwecke verfolgen. Bezeichnenderweise hat das BVerfG zwar die Aufrechterhaltung einer Disziplinarmaßnahme wegen Ungehorsam nach Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer als verfassungsrechtlich unzulässig erklärt, nicht jedoch auch - was man vielleicht eher erwartet hätte - die nachträgliche Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion, und dies mit der Verschiedenheit von Disziplinar- und Strafrecht begründet (409).

d) Für die Regelung in § 22 Abs.3 WStG kann also ein Bedürfnis bejaht werden. Wenn der Gesetzgeber mehrere Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Gehorsamspflicht gesetzlich ausdrücklich anerkannt hat, so besteht die Gefahr, daß dies zu mehr Irrtumsfällen Anlaß gibt, als wenn z.B. im Gesetz nur ein einziger, sehr wichtiger und noch sehr umgrenzter Unverbindlichkeitsgrund genannt würde (vergleiche Beispiel Schweiz). Weil die Untergebenen mit der Regelung vertraut gemacht werden müssen, sie sie also kennen,

---

405) Dies wird immer wieder betont, vgl. aus neuester Zeit BVerfG 32,40(48f.); a.A. dagegen MÜLLER Wehrkunde 1960,570(571).

406) Zum Zweck des Disziplinarrechts vgl. BARTH NZWehrR 1963,1; FLIEDNER ZBR 1969,140ff.; KRÖNIG NZWehrR 1959,6.

407) Vgl. dazu KRIEGER S.34f. und 133; BARTH, Rechtsstaat, S.71ff.

408) Vgl. § 43 Abs.3 WDO. Zu dieser speziellen militärischen Problematik v. UNRUH VVDStRL 26(1968),157(170f.), der darin auch den Grund für eine strengere Regelung für alle Soldaten sieht.

409) Vgl. BVerfG 28,264(276) mit BVerfG 32,40(48ff.).

kann sich dadurch bei den Soldaten der Anreiz vergrößern, unliebsamen Befehlen unter Berufung auf ihre angebliche Unverbindlichkeit den Gehorsam zu verweigern (410). Da diese "Irrtumsfälle" zwar zumeist vermeidbar gewesen wären, bleibt die Möglichkeit einer anschließenden Bestrafung bestehen, aber auch die Tatsache, daß der entsprechende Befehl nicht befolgt worden ist, was möglicherweise bereits zu negativen Folgen geführt haben kann. Dieser Gefahr entgegenzuwirken, um damit im Interesse der Gesamtheit zu erreichen, daß verbindliche Befehle von den Soldaten stets ausgeführt werden, ist eine legitime Aufgabe des Gesetzgebers, der er sich auch nicht entziehen kann. Weil der Untergebene zudem hier nicht verpflichtet ist, die ihm erteilten Befehle auf ihre Verbindlichkeit hin zu überprüfen, dürfte es angemessen sein, ihm grundsätzlich die Verantwortung für einen eventuellen Irrtum aufzuerlegen, um ihn damit zu zwingen, mit der Nichtausführung eines Befehls sehr vorsichtig zu sein. Dadurch wird die Bereitschaft des Soldaten erhöht, Befehle nach Möglichkeit doch - trotz aller etwa vorhandener Bedenken - auszuführen, um nicht den militärischen Erfolg durch eine vermeidbare, irrtumsbedingte Gehorsamsverweigerung zu gefährden. Denn - das sei abschließend bemerkt - es geht hier um das Nichtbefolgen von zulässigen, also verbindlichen Befehlen, die nicht dadurch zu unverbindlichen werden, weil der Betreffende sie irrtümlich für solche gehalten hat.

7) Wenn demnach die Erforderlichkeit für eine Durchbrechung des strafrechtlichen Schuldprinzips durchaus bejaht werden kann, so stellt sich nunmehr die abschließende Frage, ob damit aber auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Regelung bejaht werden kann, weil anderenfalls die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und die Verteidigungsbereitschaft der Truppe gefährdet wären. Zwischen diesen Rechtsgütern und dem Schuldprinzip bedarf es deshalb einer Abwägung. Um zu erkennen, wie hoch gerade das BVerfG die Einrichtung und die Funk-

410) Diese Gefahr sieht auch SCHROEDER Wehrkunde 1956,22(25).

tionsfähigkeit der Bundeswehr einschätzt, soll zuvor noch etwas näher auf eine Entscheidung des BVerfG eingegangen werden (411).

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das Gericht darin einen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswert sieht. Insbesondere erkennt es speziell der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr einen hohen verfassungsrechtlichen Wert zu, weil anderenfalls die Streitkräfte ihre wichtigen militärischen Aufgaben nicht wirkungsvoll erfüllen könnten (412). Gerade dem inneren Gefüge der Streitkräfte kommt dabei nach Auffassung des Gerichts eine große Bedeutung zu. Deshalb hat das Gericht auch unmißverständlich erklärt: "Eine Armee kann nicht ohne Disziplin bestehen"(413). Sicherlich verdiente diese Äußerung nicht wörtlich zitiert zu werden, wenn dabei unberücksichtigt bliebe, in welch wichtigem verfassungsrechtlichen Zusammenhang dieser Satz gefallen ist. Erst hieraus ergibt sich, welch umfassende verfassungsrechtliche Bedeutung das Gericht dem durch das Grundgesetz erteilten Verteidigungsauftrag beimißt.

Das BVerfG sah sich nämlich vor die Frage gestellt, inwieweit das eigentlich nicht einschränkbare Grundrecht gemäß Art.4 Abs.3 Satz 1 GG, also das Recht den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, im Hinblick auf die Funktionstüchtigkeit der Bundeswehr nicht doch gewissen Beschränkungen unterworfen sein kann. Der entscheidende Leitsatz dieses Beschlusses hat folgenden Wortlaut (414): "Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen". Deshalb hat das Gericht es verfassungsrechtlich als zulässig erachtet, daß denjenigen Kriegsdienstverweigerern, die erst nach Eintritt in die Bundeswehr einen Antrag gestellt

411) BVerfG 28,243ff., bestätigt durch BVerfG 32,40ff.
412) So BVerfG 28,243(261) und 32,40(46).
413) BVerfG 28,40(47).
414) BVerfG 28,243(244).

haben, dennoch bis zu ihrer rechtskräftigen Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer wirksam befohlen werden kann, sich auch mit der Waffe ausbilden zu lassen. Wenn sie diesen Befehl nicht befolgen, so könne dieser militärische Ungehorsam, ohne daß darin ein Verstoß gegen Art.4 GG gesehen werden könnte, disziplinarrechtlich als auch strafrechtlich geahndet werden (415).

Für die hier erforderliche Abwägung mit dem Schuldprinzip kann dann aber nichts anderes gelten. Wenn die Funktionstüchtigkeit der Bundeswehr einen so hohen verfassungsrechtlichen Wert darstellt, daß im Hinblick darauf auch die Ausübung uneinschränkbarer Grundrechte gewissen Beschränkungen unterliegen kann, so wird man dies auch hier berücksichtigen müssen; um so eher vielleicht auch deshalb, weil - wie oben nachgewiesen werden konnte - das Schuldprinzip bereits Einschränkungen unterliegt. Schließdürften noch folgende Überlegungen den Ausschlag für die (grundsätzliche) verfassungsrechtliche Zulässigkeit des § 22 Abs.3 WStG geben:

Es gibt einige Straftatbestände, wo es für die Feststellung des spezifischen Unrechtsgehalts dieses Delikts erforderlich ist, daß die eigentliche Tathandlung noch einer zusätzlichen speziellen Bewertung bedarf, weil die äußeren Umstände noch nichts Entscheidendes über die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise aussagen. Normalerweise wird das tatbestandliche Unrecht entweder durch die Herbeiführung eines Erfolges (so z.B. bei § 212 StGB) oder durch eine ganz bestimmte, fest umgrenzte Tätigkeit (so z.B. bei § 316 StGB) umschrieben (416). Die Tötung eines Menschen oder das Lenken eines Fahrzeuges im fahruntüchtigen Zustand läßt bereits äußerlich den typischen Unrechtsgehalt des verbotenen Verhaltens erkennen. Dagegen gibt es Unrechtstatbestände, wo zusätzlich neben der eigentlichen Tathandlung noch bestimmte Merkmale festgestellt werden müssen. Nur dann und immer nur dann, wenn

415) Vgl. BVerfG 28,243(263) und 32,40(47); ebenso JESCHECK NZWehrR 1969,121(129ff.).

416) Vgl. dazu LACKNER-MAASSEN Anm. II 3 vor § 1 und WESSELS § 4 II 1 (S.30f.).

diese gegeben bzw. erfüllt sind, kann diese Verhaltensweise überhaupt verboten sein und nur dann kann eine strafrechtliche Ahndung in Betracht gezogen werden.

So ist z.B. bei § 113 StGB der Widerstand gegen die Staatsgewalt nur dann verboten, wenn die Amtshandlung rechtmäßig ist. Gegen rechtswidrige Staatsakte muß man sich wehren dürfen, das kann grundsätzlich kein Unrecht sein. Nur dann kann eine üble Nachrede iSd § 186 StGB vorliegen, wenn die behauptete ehrenrührige Tatsache unwahr ist. Das Verbreiten der Wahrheit kann grundsätzlich nicht ehrenrührig und als üble Nachrede strafbar sein, auch wenn dadurch das Ansehen des Betroffenen bei seinen Mitmenschen herabgesetzt wird. Ebenso liegt es im Fall der militärischen Insubordinationsdelikte. Nur das Nichtgehorchen gegenüber einem verbindlichen Befehl kann überhaupt strafbares Unrecht darstellen. Deshalb muß dies für den Fall verneint werden, daß lediglich ein unverbindlicher Befehl nicht befolgt wird. Weil hier die soldatische Gehorsamspflicht nicht verletzt wird, kann dies grundsätzlich nicht bestraft werden. Weil dies so ist und nicht anders sein könnte, was sich zwangsläufig aus der Natur der Sache ergibt (417), macht gerade das Vorliegen dieser Umstände das eigentlich tatbestandliche Unrecht dieser Verbotsnormen aus. Deshalb kann die Rechtswidrigkeit der Amtsausübung, die erwiesene Wahrheit der behaupteten ehrenrührigen Tatsache oder die Unverbindlichkeit des Befehls nicht nur als strafeinschränkende Merkmale aufgefaßt werden (418). Erst die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung, die Unwahrheit der Tatsache oder die Verbindlichkeit des Befehls begründen überhaupt das eigentlich typische Unrecht dieser Delikte (419). Schon deshalb wären strafrechtliche Sanktionen unzulässig, wenn diese Merkmale nicht vorhanden sind, und nicht allein auf Grund strafökonomischer Erwägungen. Dies hat jedoch zur Folge, daß sie nach all-

417) Ähnlich KAUFMANN, Schuldprinzip, S.249.

418) So jedoch z.B. SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, 12/6 (S.384).

419) Vgl. dazu auch KAUFMANN, Schuldprinzip, S.247ff. und MÜLLER-DIETZ S.75f.

gemeinen Grundsätzen eigentlich auch von der Schuld umfaßt sein müßten. Anders könnte dies nur sein, wenn es sich um unrechtsindifferente Merkmale handeln würde oder wenn ausnahmsweise auch einmal schuldindifferente Unrechtsmerkmale anerkannt werden könnten.

Andererseits läßt sich nicht leugnen, daß sich zum Teil gerade hinter diesen Tatbeständen besonders schutzwürdige Interessen verbergen. So muß gewährleistet sein, daß im Interesse der Allgemeinheit die Vollstreckungsbeamte während der rechtmäßigen Ausübung ihres Dienstes nicht angegriffen werden (420) oder daß verbindliche Befehle im Interesse einer wirkungsvollen Verteidigungsbereitschaft strikt befolgt werden, um den militärischen Erfolg nicht zu gefährden (421). Auch der Verletzte im Falle des § 186 StGB hat ein berechtigtes Interesse daran, daß in seine Ehre nicht mittels einer nur möglicherweise wahren Tatsache eingegriffen wird (422). Nur erweislich wahre Behauptungen muß er sich gefallen lassen.

Weiterhin wird man wohl auch anerkennen müssen, daß gerade hier bei diesen Tatbeständen in viel größerem Umfange als bei anderen Delikten vermeintliche oder auch tatsächliche Irrtumsfälle drohen. Es läßt sich die Tatsache nicht von der Hand weisen, daß es sich hier um besonders "irrtumsträchtige" Situationen handelt und daß für den Täter die Berufung auf einen entschuldigenden Irrtum begreiflicherweise sehr nahe liegt, weil schwer das Gegenteil zu beweisen ist (423). In all diesen Fällen werden jedoch die so-

---

20) Vgl. hierzu insgesamt die teilweise sehr interessanten Diskussionsbeiträge zu dieser Problematik in der Großen Strafrechtskommision (Ndschr. Bd.5, S.92ff. und Bd.13, S.54ff.).

21) Dazu bereits oben S.118ff.

22) Vgl. ebenfalls die Diskussionen in Ndschr. Bd.9, S.37ff.

23) Zwar gibt es auch bei anderen Delikten sog. Putativrechtfertigungsfälle, aber anders als bei den hier genannten Delikten muß erst einmal eine Situation vorliegen, daß man dies dem Täter überhaupt glauben könnte, z.B. daß er das Gefühl gehabt habe, angegriffen zu werden. Aber sowohl bei § 113 StGB als auch bei den Ungehorsamsdelikten erscheint der handelnde Beamte oder der befehlende Vorgesetzte naturgemäß immer als "Angreifer", denn er wollte

eben als besonders schutzwürdig erkannten Interessen objektiv verletzt, die es doch gerade zu schützen galt. Dies ist in der Tat eine etwas mißliche Situation.

Nun geht es nicht an, sich damit herausreden zu wollen, der Täter habe sich in Bezug auf das geschützte Rechtsgut riskant verhalten und, weil er das Risiko für seine Verhaltensweise zu tragen habe, deshalb im strafrechtlichen Sinne auch vorwerfbar gehandelt, um damit dem Konflikt mit dem Schuldprinzip auf einfache Art und Weise zu entgehen (424). Wenn man nicht den allgemeinen Sprachgebrauch total negieren will, dann kann man schlechterdings nicht von einem vorwerfbaren Verhalten sprechen, wenn der betreffende Täter in unvermeidbarer Weise einem Irrtum unterlegen ist und deshalb seine Handlungsweise für rechtmäßig gehalten hat.

Zwar steckt in der sog. Risikotheorie (425) unverkennbar ein wahrer Kern. Weil es sich hier um besonders schutzwürdige Interessen handelt, kann dem Täter bewußt das Risiko auferlegt werden, damit er im Bewußtsein, das strafrechtliche Risiko für seine Handlung tragen zu müssen, sehr vorsichtig und zurückhaltend ist und desto eher dazu veranlaßt wird, von seinem Vorhaben überhaupt abzulassen, selbst wenn es sich hinterher möglicherweise doch herausstellen sollte, daß er recht gehabt hätte. Nur dürfte sich gerade in den meisten Fällen das Gegenteil erweisen. Diese Fälle gilt es jedoch im Interesse der Allgemeinheit zu verhindern, weil dies wichtiger ist, als erst die Verletzung von Rechtsgütern abzuwarten, um dann wegen vermeidbaren Verbotsirrtum zu bestrafen. Dann erscheint es tatsächlich angemessener, dem Täter das Risiko aufzuerlegen und ihm dies bewußt zu machen, damit er hieraus für sich persönlich die entsprechenden Schlüsse zieht.

"etwas" von dem Täter. Hier wird stets dessen Persönlichkeit tangiert, so daß es zu Kurzschlußreaktionen führen kann. Geht der Irrtum grundsätzlich zulasten des Täters, ist die Berufung hierauf kein Ausweg, zu schwierigen Beweisfragen kann es dann erst gar nicht kommen.

424) Vgl. dazu oben S.60ff.

425) Siehe dazu auch die Diskussionsbeiträge in Ndschr. Bd.13, S.54ff., die einen guten Überblick vermitteln.

Ganz offensichtlich besteht in einigen Fällen hierfür ein Bedürfnis (426). Nur muß dabei erkannt werden, daß dies letztlich eine Durchbrechung des strafrechtlichen Schuldprinzips bedeutet. Dies anzuerkennen, darum wird man wohl nicht herumkommen. Dann sollte man es aber auch ehrlich aussprechen und nicht mit "dogmatischen Verrenkungen eine nicht bestehende Übereinstimmung mit dem Schuldprinzip vortäuschen"(427). Es wird immer wieder Straftatbestände geben, wo letztlich aus kriminalpolitischen Erwägungen eine gewisse Durchbrechung des Schuldprinzips in Kauf genommen werden muß (428). Dies dürfte bei den drei oben angeführten Fällen so sein, wie es in der Literatur zum Teil auch ausdrücklich anerkannt wird (429). Bei § 330a StGB dürfte es - trotz einiger gegenteiliger Äußerungen - im Ergebnis ebenso sein (430).

Grundsätzlich kann daher § 22 Abs.3 WStG mit der wohl überwiegenden Meinung als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden. Dabei gilt es jedoch noch folgendes zu beachten. Bisher wurde noch nicht die Frage gestellt, warum, d.h. aus welchen Gründen bzw. mit welchen Motiven, der Untergebene den ihm erteilten Befehl wegen dessen angeblicher Unverbindlichkeit nicht ausführt. Bei § 186 StGB ist z.B. der Täter auch dann gerechtfertigt, selbst wenn die behauptete Tatsache unwahr ist, wenn er sich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB berufen kann. Kann er dies nicht, handelt er also nur, um der vermeintlichen Wahrheit zum Siege zu verhelfen, dann dürfte es durchaus angemessen sein, wenn er das strafrechtliche Risiko bezüglich der Erweislichkeit seiner Behauptung zu tragen hat. In ähnlicher Weise wird jetzt auch in der neuen Fassung des § 113 StGB in Abs.4 auf die

---

426) So auch KAUFMANN, Schuldprinzip, S.251, vgl.auch MÜLLER-DIETZ S.75ff. und neuerdings HASS Rechtstheorie 1972,23.

427) KAUFMANN, Schuldprinzip, S.249.

428) Ähnl. MÜLLER-DIETZ S.76 und HASS Rechtstheorie 1972,23ff.

429) Vgl. nur KAUFMANN, Schuldprinzip, S.251 und MÜLLER-DIETZ S.75ff. jeweils mit weiteren zahlreichen Nachweisen.

430) Ebenso BAUMANN, Lehrbuch, § 10 1 b (S.97), WELZEL Ndschr. Bd.2, S.258, KAUFMANN, Schuld und Strafe, S.290f.

Belange des Täters Rücksicht genommen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden und war ihm auch nicht zuzumuten, gegen die vermeintlich rechtswidrige Amtshandlung einen Rechtsbehelf einzulegen, dann kann er nicht nach § 113 StGB bestraft werden. Auch dies scheint eine angemessene Regelung zu sein (431). Wie steht es hiermit jedoch bei § 22 Abs.3 WStG?

II. Letzte verfassungsrechtliche Bedenken wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Wie wir soeben gesehen haben, besteht bei § 186 und § 113 StGB die Möglichkeit, außergewöhnliche Situationen des Täters entsprechend zu berücksichtigen. Die Frage lautet daher, ob dies auch bei § 22 Abs.3 WStG gefordert werden muß und - falls dies bejaht würde - in welcher Weise dies geschehen könnte.

1) Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die Tatsache, daß es vielerlei Beweggründe geben kann, die einen Soldaten dazu veranlassen können, einen Befehl wegen dessen vermeintlicher Unverbindlichkeit nicht zu befolgen. Eine Vielzahl von sehr verschiedenen Möglichkeiten ist hier denkbar. Außerdem gilt es zu beachten, daß diese Gründe, die den Untergebenen zu seinem Entschluß gedrängt haben, sehr unterschiedlich stark sein können. Eine breite Skala ist hier vorstellbar.

Besonders gewichtig dürften die Gründe z.B. in dem Fall sein, daß der Soldat glaubt, er dürfe den Befehl nicht befolgen und könne anderenfalls bestraft werden. Am schwächsten dürfte die Motivation dagegen sein, wenn er den Befehl nur deswegen nicht ausführt, weil er ihn für unverbindlich hält, ohne daß ihn zusätzliche Erwägungen irgendwelcher Art dazu bewegen würden; er ihn also nur deshalb nicht ausführt, weil er sich zum Hüter von Recht und Ordnung berufen fühlt.

Scheinbar hat der Gesetzgeber selbst erkannt, daß es hier sehr unterschiedliche Fälle geben kann, so daß es unter

---

431) DREHER sieht in dieser Regelung nicht einmal eine Verletzung des Schuldprinzips, vgl. NJW 1970,1153(1159).

Umständen höchst unbillig sein könnte, den Untergebenen stets dann zu bestrafen, wenn er sich in unvermeidbarer Weise über die Verbindlichkeit des Befehls geirrt hat. Für eine bestimmte Fallgruppe hat er daher Straffreiheit angeordnet. Glaubt der Untergebene irrtümlich, daß durch die Ausführung des Befehls ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird, so darf er gemäß § 22 Abs.2 WStG dann nicht bestraft werden, wenn ihm dieser Irrtum nicht vorzuwerfen ist.

Hier befindet sich der Soldat gewissermaßen in einer psychischen Zwangssituation, denn wenn er den Befehl nicht ausführt, muß er gem. § 5 WStG mit seiner eigenen Bestrafung rechnen. Deshalb kann das Ergebnis hier wohl gar nicht anders als Straflosigkeit lauten (432). In allen anderen Fällen dagegen, in denen der Untergebene auch nach seiner irrtümlichen Auffassung ohne persönliches Risiko den Befehl befolgen könnte, also eine Bestrafung nicht zu fürchten braucht, glaubte der Gesetzgeber auf andere Motivationen keine Rücksicht nehmen zu müssen (433), daher sollen sie alle in den Anwendungsbereich des § 22 Abs.3 WStG fallen. Im einschlägigen Schrifttum wird diese Regelung zumeist als sachgerecht angesehen (434).

Gegen diese Auffassung hatte bereits SCHLOSSER Bedenken erhoben (435). Er meint, einmal könne nicht ausgeschlossen werden, daß der Untergebene auch in anderen Fällen doch an ein derartiges persönliches Risiko glaubt, und zum anderen ließen sich Befehle denken, bei denen die psychologische Zwangssituation zumindest ebenso stark sein könne, wie sie in § 22 Abs.2 WStG vorausgesetzt wird. Als Beispiel nennt SCHLOSSER den Fall, daß der Soldat glaubt, der Befehl verletze seine Menschenwürde. Auch RUPP kriti-

---

432) Dies wird allgemein auch als richtig anerkannt, vgl. DREHER JZ 1957,393(396); a.A. dagegen OEHLER JuS 1963,301(306).

433) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31. Nach DREHER-LACKNER-SCHWALM (§ 22 Rdnr.13) soll die Anwendung des § 22 Abs.3 WStG selbst dann noch vertretbar sein, wenn der Untergebene eine disziplinarrechtliche Ahndung befürchtet.

434) Vgl. statt vieler DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.13.

435) In: JZ 1958,526(529).

siert aus diesem Grunde die gesetzliche Regelung (436). Er meint, daß es elementaren Grundprinzipien der Verfassung nicht gerecht werde, wenn dem einzelnen, der sich in seiner Würde als menschliches Wesen verletzt fühle, nicht ein gewisser "Bereich des Irrens" zugestanden werde. LERCHE (437) vertritt ganz allgemein die Auffassung, daß im jeweiligen Einzelfall bei wortgetreuer Anwendung des § 22 Abs.3 WStG diese Gesetzesbestimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Konflikt geraten könne. Schließlich hält DREHER in einem sehr speziellen Fall, an den bei den Beratungen des WStG nicht gedacht worden sei, die analoge Anwendung des § 22 Abs.2 WStG für angebracht (438).

Diese Bedenken sind berechtigt. Hier ist der Gesetzgeber doch etwas zu rigoros vorgegangen, als er sich dafür entschied, den Untergebenen nur dann straffrei ausgehen zu lassen, wenn dieser in nicht vorwerfbarer Weise geglaubt hat, im Falle der Ausführung des Befehls sich gemäß § 5 WStG selbst strafbar zu machen. Diese Regelung vernachlässigt die berechtigten Belange des Untergebenen zu sehr. Zumindest hätte man die Fälle gleichbehandeln müssen, wo sich der Untergebene in einer vergleichsweise genauso starken psychischen Zwangslage befindet, wie sie bei § 22 Abs.2 WStG vorausgesetzt wird. Unter bestimmten Umständen müssen deshalb auch derartige in etwa vergleichbare Situationen Berücksichtigung finden.

Wenn dem Soldaten im großen Umfange durch den Gesetzgeber das Risiko auferlegt worden ist, sich einer möglichen Bestrafung wegen Ungehorsams auszusetzen, wenn er sich bei der Frage, ob der Befehl verbindlich ist oder nicht, irren sollte, unabhängig davon, ob dieser Irrtum vermeidbar oder unvermeidbar gewesen ist, dann kann dies nicht mehr in allen Fällen als verhältnismäßig angesehen werden; z.B. dann nicht, wenn es für einen Außenstehenden sehr verständ-

436) Vgl. RUPP, Grundfragen, S.66f. besonders in Anm.138.
437) LERCHE, Grundrechte, S.504 in Anm.196.
438) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.13, jetzt ebenso HIRSCHMANN S.206.

lich wäre, daß der Soldat die Ausführung d i e s e s Befehls sofort wegen dessen vermeintlicher Unverbindlichkeit verweigert und nicht erst doch befolgt, um dann anschließend Beschwerde dagegen einzulegen (439).

Dies sind eben nicht nur die Fälle, in denen der Soldat eigene Bestrafung gem. § 5 WStG befürchtet, wohl nur der augenscheinlichste. Hier mußte der Gesetzgeber Straffreiheit anordnen. Denn den Untergebenen auch hier dazu veranlassen zu wollen, dem Befehl erst Folge zu leisten und sich hinterher zu beschweren, wäre nicht zulässig gewesen und von der Sache her nicht möglich, weil der Soldat ja verpflichtet ist, derartige Befehle nicht zu befolgen. Jedoch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß auch andere Beweggründe durchaus gleichwertig sein können und dann den betreffenden Soldaten mehr oder weniger zu seiner Gehorsamsverweigerung zwingen.

Zwar ist es richtig, daß es in diesen Fällen für den Soldaten kein strafrechtliches Risiko bedeutet, wenn er den Befehl trotz dessen angeblicher Unverbindlichkeit ausführt. Irrtümlicherweise glaubte der Gesetzgeber wohl darin den entscheidenden Unterschied sehen zu können. Selbst wenn der Soldat bei seinen Überlegungen von dieser Tatsache ausgeht, muß jedoch anerkannt werden, daß aus der Sicht des Untergebenen immer noch beträchtliche, andere Gründe dafür sprechen können, dem Befehl dennoch den Gehorssam zu versagen. So müßte z.B. das Verhalten des Untergebenen dann als sehr verständlich angesehen werden, wenn er im konkreten Fall in unvermeidbarer Weise glaubt, der erteilte Befehl verletze seine Menschenwürde, und es stellt sich nachträglich heraus, daß dieser Befehl gerade noch zulässig gewesen ist (440).

In dieser konkreten Situation den Soldaten dennoch auf den Beschwerdeweg verweisen zu wollen, wäre unzumutbar. Hier kann eine Bestrafung nicht mehr gerechtfertigt werden und

---

439) Das ist letztlich das Ziel, das mit § 22 Abs.3 WStG verfolgt wird; ebenso v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(89).

440) A.A. ist SCHREIBER (Wehrkunde 1956,416). Er rechtfertigt hier eine Bestrafung - ohne jegliche Einschränkung - mit

müßte deshalb als unverhältnismäßig betrachtet werden. Ebenso müßte dies für den Fall gelten, daß der Soldat in nicht vorwerfbarer Weise glaubt, der erteilte Befehl könne ihm persönlich nicht mehr zugemutet werden und sei deshalb für ihn aus diesem Grunde unverbindlich (441). In beiden Fällen dürfte eine dem § 22 Abs.2 WStG vergleichbare Zwangslage für den Untergebenen gegeben sein. Dennoch sollten nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch diese Fälle von § 22 Abs.3 WStG erfaßt werden. Wenn die Regelung in § 22 Abs.3 WStG überhaupt noch als verhältnismäßig angesehen werden soll, dann hätten jedenfalls die berechtigten Belange des Untergebenen nicht derart rigoros beiseite geschoben werden dürfen.

2) Die Regelung in § 22 Abs.3 WStG ist nur mit der Erwägung zu rechtfertigen, daß anderenfalls zu große Gefahren für die Schlagkraft der Truppe entstehen könnten. Wenn der Gesetzgeber jedoch bereits eine Gesetzesbestimmung im Interesse der Allgemeinheit zuungunsten des Untergebenen schafft, dann hat er in besonderer Weise den Verhältnismäßigkeitsgedanken zu beachten. Das heißt, er muß dann besonders darauf bedacht sein, daß seine Regelung verhältnismäßig bleibt und nicht zu sehr eine Seite begünstigt(442). Dies wäre zu verneinen, die gesetzliche Regelung müßte also als unverhältnismäßig bezeichnet werden, wenn nur die staatlichen Interessen berücksichtigt würden und deshalb gebotene Differenzierungen unterblieben sind (443).

Auch hier im Fall des § 22 Abs.3 WStG ist der Gesetzgeber etwas über das Ziel hinausgeschossen. Die Interessen der

---

dem Argument, daß es "eine Pflicht, würde-verletzende Befehle nicht auszuführen", nicht gäbe und der Untergebene demnach nicht in eine "Zwickmühle" geraten könne; sehr rigoros derselbe auch in NZWehrR 1962,6(11).

441) Z.B. aus bestimmten Gewissensgründen (Art.4 GG); vgl. einen derartigen Fall in RWStR Nr.6 zu § 22 WStG, wo das LG Braunschweig auch auf Straffreiheit erkannt hat.

442) Ebenso GENTZ NJW 1968,1600: "Der Gedanke der Verhältnismäßigkeit...beruht letztlich auf der Forderung nach Gerechtigkeit im Einzelfall..., auf dem Bestreben widerstreitende Interessen auszugleichen".

443) Dazu GENTZ NJW 1968,1600(1604f.).

Untergebenen wurden in allzu großem Maße vernachlässigt. Da sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, und deshalb auch ihm nach ganz h.M. Verfassungsrang zuerkannt werden muß, müssen alle staatlichen Maßnahmen verhältnismäßig sein, wenn sie nicht verfassungswidrig sein sollen (444). Deswegen könnte § 22 Abs.3 WStG im Hinblick auf seinen Anwendungsbereich möglicherweise doch noch insgesamt nichtig sein. Weil der Gesetzgeber ganz unmißverständlich die Vorschrift auch auf die Fälle angewendet wissen wollte, in denen eine Bestrafung unverhältnismäßig wäre, verstößt wegen dieser Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Regelung in § 22 Abs.3 WStG zumindest teilweise gegen die Verfassung.

Somit steht fest, daß die Anwendung des § 22 Abs.3 WStG zwar nicht in allen, aber doch in einigen Fällen verfassungswidrig wäre. Um eine gesetzliche Bestimmung deswegen nicht insgesamt für nichtig erklären zu müssen, ist in der Verfassungsrechtslehre die sog. verfassungskonforme Auslegung entwickelt worden (445). Dahinter steht der Gedanke, daß eine Gesetzesvorschrift nach Möglichkeit bestehenbleiben soll, weil sonst die gesetzliche Regelung insgesamt entfällt, was unter Umständen zu gewissen Schwierigkeiten führen kann (446). Daher soll, bevor die Nichtigkeit einer Gesetzesbestimmung infolge eines Verstoßes gegen eine verfassungsrechtliche Vorschrift endgültig festgestellt wird, zunächst versucht werden, ob sie nicht eventuell so ausgelegt werden kann, daß dadurch die verfassungsrechtlichen Bedenken beseitigt werden können. Nur wenn dies nicht möglich ist, erst dann soll die Nichtigkeit der gesamten Vorschrift ausgesprochen werden. Wenn wie hier die Anwendung des § 22 Abs.3 WStG nur bei gewissen Fallgruppen zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlaß gibt, dann bietet sich eine verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschrift

---

4) Vgl. HAMANN-LENZ, GG, Einf.S.89 mit zahlreichen Nachweisen.

5) Vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre, S.319 mit zahlreichen Nachweisen von Entscheidungen des BVerfG, und ZIPPELIUS, Methodenlehre, S.51f.; siehe auch BAUMANN, Lehrbuch, § 13 I 2 a (S.136f.).

6) Ausführlicher dazu BOGS S.16.

geradezu an (447).

3) Um in den Fällen, in denen eine Bestrafung des Untergebenen sich als unverhältnismäßig erweisen würde, doch zu der Straffreiheit des Soldaten zu gelangen, bietet sich als Ausweg die analoge Anwendung des § 22 Abs.2 WStG an. Diesen Weg hat bereits LERCHE (448) zur Lösung dieser Fälle vorgeschlagen. § 22 Abs.3 WStG müßte insoweit restriktiv ausgelegt werden, um den Anwendungsbereich dieser Bestimmung einzuschränken.

Tatsächlich hat das LG Braunschweig (449) § 22 Abs.2 WStG schon einmal in einem derartigen Fall analog angewendet. So konnte es den Täter freisprechen, obwohl er eigentlich nach § 22 Abs.3 WStG hätte bestraft werden müssen. Dieses Ergebnis hat das Gericht in diesem Fall für unbillig gehalten. Verfassungsrechtliche Überlegungen hat es in diesem Zusammenhang jedoch nicht angestellt. In einer kurzen Anmerkung hat SCHWENCK diesem Urteil im Ergebnis zugestimmt (450). Dabei hat er jedoch insoweit Bedenken geäußert und deshalb den Analogieschluß als zweifelhaft bezeichnet, weil § 22 Abs.3 WStG die generelle, und § 22 Abs.2 WStG die speziellere Vorschrift sei.

Nun stände diese Tatsache einer Analogie nicht unbedingt im Wege (451), aber es fehlt hier an einer unbewußten Gesetzeslücke als wichtigster und wesentlichster Voraussetzung eines Analogieschlusses (452). Der Gesetzgeber wollte die Anwendung des § 22 Abs.2 WStG auf eine ganz bestimmte, sehr kleine Fallgruppe beschränkt wissen. Alle anderen Fälle sollten unter die Regelung des § 22 Abs.3 WStG fallen. Der Gesetzgeber hat sich bewußt für eine derartige Regelung entschieden. In dieser Beziehung sind die Gesetzesmaterialien ziemlich eindeutig. Und dennoch muß hier eine analoge

---

447) Vgl. auch SCHLOSSER, Dissertation, S.123.

448) In: Grundrechte, S.505 in Anm.196.

449) Abgedruckt in RWStR unter Nr.6 zu § 22 WStG.

450) Am Schluß der soeben (Anm.449) zitierten Entscheidung.

451) So ZIPPELIUS, Methodenlehre, S.75.

452) Dazu statt vieler LARENZ, Methodenlehre, S.358.

Anwendung des § 22 Abs.2 WStG auf andere Fallgruppen für zulässig gehalten werden (453), wenn nur so die Konformität der gesetzlichen Regelung mit der Verfassung erreicht werden kann (454).

4) Demgemäß muß § 22 Abs.3 WStG insoweit restriktiv ausgelegt werden, daß alle die Fälle aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift auszuscheiden haben, in denen eine Bestrafung als unverhältnismäßig angesehen werden müßte, weil die Handlungsweise des betreffenden Soldaten auch für jeden anderen an seiner Stelle überaus verständlich wäre. Im Ergebnis dürfte dies darauf hinauslaufen, daß in den § 22 Abs.3 WStG noch eine Art von Unzumutbarkeitsklausel - ähnlich wie jetzt in § 113 Abs.4 Satz 2 StGB - hineingelesen werden muß. Dies befürwortet neuerdings auch HIRSCHMANN in einem Vorschlag de lege ferenda, ohne dies jedoch als verfassungsrechtlich geboten anzusehen (455).

Wann nun im konkreten Einzelfall eine Bestrafung des Soldaten nach § 22 Abs.3 WStG unangemessen wäre und deshalb eine analoge Anwendung des § 22 Abs.2 WStG erforderlich ist, läßt sich schwerlich vorhersagen. Dazu sind die denkbaren Fälle zu unterschiedlich. Allgemein gültige Kriterien dürften sich daher nicht aufstellen lassen. Dazu bedarf es im Einzelfall einer umfassenden Abwägung aller Umstände.

Straflos sollte der Täter dann bleiben, wenn die Gründe, die er dafür nennt, weshalb er die Ausführung des Befehls abgelehnt hat, für ihn so zwingend gewesen sind, daß ihm keine andere Wahl geblieben ist, als den Gehorsam zu verweigern. Dann dürfte es sich um eine ähnliche psychische Zwangslage handeln, wie sie nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 22 Abs.2 WStG erforderlich ist. Wenn die Motivation bei dem betreffenden Soldaten zur Verweigerung des

---

453) Im Ergebnis ebenso BVerfG 8,28(34) in einem gleichgelagerten Fall.

454) Eine Analogie soll im Fall einer bewußten Gesetzeslücke nur deswegen ausgeschlossen sein, um (zulässige) Wertentscheidungen des Gesetzgebers nicht mittels eines Analogieschlusses zu unterlaufen; näher dazu BOGS S.62ff.

455) Vgl. HIRSCHMANN S.216ff.(insbes. S.218).

Gehorsams so stark und zwingend gewesen ist, daß er persönlich den Eindruck haben mußte, als könne er gar nicht anders handeln. Dann wäre es in der Tat wenig sinnvoll, von dem Soldaten in dieser Situation dennoch verlangen zu wollen - nach der Devise: erst gehorchen, dann beschweren (456) - , den Befehl doch auszuführen, um anschließend den vorgeschriebenen Weg nach der WBO zu beschreiten(457). Hier wäre eine Bestrafung tatsächlich völlig unangemessen.

Dagegen wird man dies dann nicht sagen können, wenn der Untergebene den Gehorsam allein deshalb verweigert, weil er den Befehl für unverbindlich hält und er sich sagt, daß es zu verhindern gilt, daß unverbindliche Befehle doch ausgeführt werden. Der Soldat erklärt sich in disem Fall quasi zum Hüter von Recht und Ordnung. Dabei wird unterstellt, daß er andere Gründe nicht gehabt hat. Dann dürfte er sich folgendes gedacht haben. Eigentlich könnte er ja dem Befehl Folge leisten. Ein Grund ihn zu verweigern besteht nicht. Aber weil er unverbindlich ist, braucht er ja nicht ausgeführt zu werden, warum dann mehr tun, als das Gesetz verlangt.

Hier hat der Untergebene also einen Befehl auf seine Verbindlichkeit hin überprüft, obwohl im Grunde für ihn persönlich gar kein Anlaß dafür bestand. Dennoch beruft er sich auf dessen vermeintliche Unverbindlichkeit, nur um untätig bleiben zu können bzw. um dem vermeintlichen Recht zum Siege zu verhelfen. Das, was ihm befohlen worden ist, hat ihn nicht sonderlich in Erregung versetzt, er hätte den erteilten Befehl ebenso gut ausführen können. In diesem Fall scheint eine Bestrafung durchaus angebracht.

Dem Untergebenen obliegt, von Ausnahmen abgesehen (458), grundsätzlich keine Prüfungspflicht im Hinblick darauf, ob der Befehl auch verbindlich ist (459). Tut er es dennoch,

---

456) Dazu HIRSCHMANN S.217.

457) Im Ergebnis ebenso HIRSCHMANN S.218.

458) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.114, v.BAUDISSIN Wehrkunde 1964, 223, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(90) und SCHREIBER Wehrkunde 1956,194(195), der einen Auszug aus der Amtl. Begr. zum SG zitiert; einschränkend jedoch LAMMICH NZWehrR 1970,47(53). Teilweise wird sogar ein Prüfungsrecht ver-

was ihm sicherlich nicht verwehrt werden kann, dann ist es nicht mehr als recht und billig, daß er die strafrechtliche Verantwortung dafür zu tragen hat, wenn sich seine Auffassung nachträglich als fehlerhaft erweisen sollte. Hier gilt es tatsächlich dem Soldaten klar zu machen, daß es für ihn in diesen Fällen besser ist, zunächst zu gehorchen, um dann mittels einer Beschwerde klären zu lassen, ob seine Auffassung tatsächlich die richtige gewesen ist (460). Diese Möglichkeit ist für den Soldaten in der WBO auch extra vorgesehen worden. Wenn er recht gehabt hätte, wäre ihm dies auch ausdrücklich bestätigt worden (vgl. § 13 Abs.1 Satz 3 WBO). Diese Art von Genugtuung muß als ausreichend angesehen werden. Befolgt er stattdessen den Befehl nicht, dann muß er das strafrechtliche Risiko dafür tragen, daß er sich auch möglicherweise irren könnte. In diesen Fällen ist es dem Untergebenen auch ohne weiteres zuzumuten, zunächst zu gehorchen, um dann Beschwerde einzulegen. Schlägt er diesen vorgezeichneten Weg nicht ein und nimmt das Irrtumsrisiko bewußt in Kauf, dann verdienen die milirärischen Interessen in der Tat den Vorrang.

---

neint, vgl. ERHARDT NZWehrR 1970,41 und JESCHECK, Bw und Recht, S.76, anders aber SCHROEDER Wehrkunde 1956, 22(23), der ein derartiges Prüfungsrecht gerade moniert. Zum Ganzen vgl. auch HIRSCHMANN S.28ff.

460) Gleicher Auffassung ist auch HIRSCHMANN S.217.

3.Teil: DIE PROBLEME BEI DER ANWENDUNG DER ABSÄTZE 2 UND 3 DES § 22 WStG

Mit der soeben aufgeworfenen Frage, wann § 22 Abs.2 WStG analog auf einen Sachverhalt angewendet werden muß, der nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich gemäß § 22 Abs.3 WStG entschieden werden müßte, wurde bereits ein spezielles Problem bei der Anwendung der Absätze 2 und 3 des § 22 WStG aufgezeigt. Dies ist jedoch nicht das einzige. Deshalb müssen wir uns nun mit zwei weiteren Streitfragen im Hinblick auf die Irrtumsregelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG beschäftigen. Hätte sich die Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs.3 WStG tatsächlich ergeben, dann hätten diese Streitfragen keine allzu große Bedeutung mehr erlangt (1). Da diese Vorschrift insgesamt nicht nichtig ist, muß nunmehr dazu Stellung genommen werden. Zum Schluß soll dann der Frage nachgegangen werden, wann ein Verbindlichkeitsirrtum vorliegt, der von der Regelung in § 22 WStG erfaßt wird, und wann ein Tatbestandsirrtum iSd § 59 StGB gegeben ist, der zum Vorsatzausschluß führen würde.

I. § 22 Abs.2 und 3 WStG als Sonderregelung der irrigen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes

1) Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Verbindlichkeit des Befehls kein Tatbestandsmerkmal der militärischen Insubordinationsdelikte darstellt. Ist der erteilte Befehl unverbindlich, so wird die Tatbestandsmäßigkeit des Ungehorsams nicht ausgeschlossen, vielmehr handelt der betreffende Soldat nicht rechtswidrig, wenn er den Befehl nicht ausführt (2). Diese Auffassung, die sich im wesentlichen auf den Wortlaut des § 22 Abs.1 Satz 1 WStG stützt, ist auch fast unbestritten (3). Die Unver-

---

1) Vgl. SCHWAIGER, Dissertation, S.124.
2) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.2, sehr klar auch HIRSCHMANN S.25.
3) A.A. nur KOHLRAUSCH-LANGE § 109b Anm. IX, wo trotz des eindeutigen Wortlautes des § 22 Abs.1 Satz 1 WStG im Hinblick auf § 11 Abs.1 Satz 3 SG bereits für den Wegfall der Tatbestandsmäßigkeit eingetreten wird.

bindlichkeit des Befehls wird deshalb von der h.M. als ein spezieller Rechtfertigungsgrund für die Ungehorsamsdelikte angesehen (4). Nimmt der Untergebene irrigerweise an, der erteilte Befehl sei unverbindlich, dann irrt er über das Unrecht seines Tuns, er handelt im sog. Verbotsirrtum, weil er die Rechtswidrigkeit und damit das Verbotensein seines Handelns verkennt. Verweigert er deshalb den von ihm geforderten Gehorsam, ergeben sich die strafrechtlichen Konsequenzen hierfür aus § 22 Abs.2 und 3 WStG.

2) Mehrfach wurde bereits betont, daß die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG eine Abweichung von den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts über die Behandlung des Verbotsirrtums - also der irrigen Annahme eines Rechtswidrigkeitsausschließungsgrundes - darstellt. Dieser Unterschied wird deutlich bei einem Vergleich mit § 109b StGB.

Nach § 109b StGB wird derjenige Zivilist (5) bestraft, der einen Soldaten dazu verleitet, einen Befehl nicht zu befolgen und dadurch eine schwerwiegende Folge (vgl. § 2 Nr.2 WStG) herbeiführt. Für unseren Zusammenhang ist nun der Abs.5 des § 109b StGB interessant, der fast wörtlich mit § 22 Abs.1 WStG übereinstimmt. Das Verleiten soll dann nicht rechtswidrig sein, wenn der Befehl unverbindlich gewesen ist. Dagegen fehlt eine ausdrückliche Regelung, wie der Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls in den Fällen zu behandeln ist, die durch § 22 Abs.2 und 3 WStG gesetzlich geregelt worden sind.

Nach LACKNER (6) soll der Gesetzgeber diese Frage bewußt offengelassen haben, um das StGB nicht mit "Randfragen zu belasten". Deshalb stellte sich die Frage, ob der Irrtum des Täters über die Verbindlichkeit des Befehls im Rahmen des § 109b StGB nach den allgemeinen Irrtumsgrundsätzen oder nach den besonderen Vorschriften des WStG behandelt

---

4) Vgl. ARNDT DRiZ 1957,134(136).

5) U.U. auch ein Soldat, wenn das Verleiten erfolglos geblieben ist, vgl. dazu DREHER, StGB, § 109b Anm. 2 C.

6) In: JZ 1957,401(403); vgl. auch MAURACH, Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b (S.616).

werden soll. In seinem Aufsatz teilt LACKNER weiter mit, daß im Rechtsausschuß des Bundestages überwiegend die Auffassung vorgeherrscht habe, daß aus Gründen der inneren Geschlossenheit auch bei § 109b StGB die wehrstrafrechtlichen Grundsätze angewendet werden müßten.

Diese Ansicht hat sich im Schrifttum jedoch nicht durchgesetzt (7). Teilweise wird darauf hingewiesen, daß dies auf eine strafbegründende und deshalb unzulässige Analogie hinausliefe (8). Die strengere Regelung in § 22 WStG erkläre sich allein aus soldatischen Gründen (9), so daß die ratio dieser Ausnahme bei der Bestrafung eines Zivilisten nicht zuträfe (10). Es müßten daher die allgemeinen Grundsätze gelten, wobei zumeist noch ausdrücklich hinzugefügt wird, daß die abweichende Regelung in § 22 WStG für § 109b StGB ohne jegliche Bedeutung sei (11). Grundsätzlich wird somit anerkannt, daß es sich bei diesen Vorschriften im WStG um eine Sonderregelung handelt, die nur für den militärischen Bereich gilt.

3) Keine Einigkeit besteht indes über das Ausmaß der Abweichung von den Verbotsirrtumsgrundsätzen des allgemeinen Strafrechts. Deshalb ist zunächst zu fragen, worin die Abweichung überhaupt bestehen könnte. Drei Punkte müßten hier genannt werden.

a) Das wohl wichtigste Merkmal der Sonderregelung in § 22 WStG dürfte sein, daß der Soldat auch bei einem nicht vorwerfbaren Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls in bestimmten Fällen gemäß Abs.3 bestraft wird. Im allgemeinen Strafrecht ist der unvermeidbare Verbotsirrtum nunmehr

---

7) Vgl. DREHER, StGB, Anm. 2 B b, KOHLRAUSCH-LANGE Anm.X 2,3, LACKNER-MAASSEN Anm.5, PETTERS-PREISENDANZ Anm. 5 c,d, SCHÄFER in DALCKE Anm.12, SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr.22, SCHROEDER in LK Rdnr.19 zu § 109b; KOHLHAAS NJW 1957, 929(930); MAURACH, Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b (S.616); WELZEL, Lehrbuch, § 72 I 3 (S.495).

8) So SCHÄFER in DALCKE § 109b StGB Anm.12.

9) Darauf weisen ausdrücklich DREHER,StGB,Anm.2 B b,LACKNER-MAASSEN Anm.5 und PETTERS-PREISENDANZ Anm.5d zu § 109b hin.

10) KOHLRAUSCH-LANGE § 109b Anm. X 2.

11) Vgl. z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 109b Rdnr.22.

auch gesetzlich als Schuldausschließungsgrund anerkannt (vgl. § 17 Satz 1 StGB AT 73). Zu der sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Problematik wurde bereits oben ausführlich Stellung genommen.

b) Ein weiterer Unterschied könnte darin gesehen werden, daß bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum eine Strafmilderungsmöglichkeit nicht besteht. Anders als jetzt in § 17 Satz 2 StGB AT 73 - was der bisher h.M. entspricht(12) - fehlt ein entsprechender Hinweis in § 22 WStG. Zwar wird in § 22 Abs.3 WStG davon gesprochen, daß die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden kann, aber dies bezieht sich eindeutig auf den nicht vorwerfbaren Irrtum, der nach allgemeinen Grundsätzen eigentlich überhaupt nicht strafbar ist. Trotz dieses Schweigens des Gesetzgebers wird teilweise die Auffassung vertreten, daß - zumindest bei Abs.2 - eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen und damit eine Verschiebung des Strafrahmens möglich sein soll (13). Ob dies im Einklang mit dem Gesetz steht, wenn § 22 Abs.2 und 3 WStG tatsächlich eine "Sonderregelung " eines Verbotsirrtums darstellt, soll sogleich erörtert werden.

c) Schließlich soll noch auf eine dritte Unterscheidungsmöglichkeit hingewiesen werden. Im allgemeinen Strafrecht herrscht die eingeschränkte Schuldtheorie (14). Sie soll nach ARNDT, KOHLHAAS u.a. (15) auch für § 22 Abs.2 und 3 WStG gelten. Die Mehrzahl der Autoren meint jedoch, daß hier der Gesetzgeber der strengen Schuldtheorie folgen wollte (16). Müßte der ersteren Auffassung zugestimmt werden, läge der einzige Unterschied darin, daß auch bei nicht vorwerfbarem Irrtum - der nur ein Bewertungsirrtum sein kann - Strafe verhängt werden soll, wobei wiederum

---

12) Vgl. SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, 20/36 (S.627f.).

13) So v.RICHTHOFEN Anm.7 und KOHLHAAS,Wehrstrafgesetz,Anm.5 zu § 22; vgl.dagegen DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10.

14) So WESSELS § 9 I 3 b(S.71), STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.519 (S.146), JESCHECK, Lehrbuch, § 41 III 2 c(S.305).

15) Vgl.ARNDT, Grundriß, S.195, KOHLHAAS,Wehrstrafgesetz,§ 22 Anm.6, SCHWAIGER, Dissertation, S.123f., SCHIERHOLT S.93.

16) So ausdrücklich z.B. KRIEGER S.122 in Anm.102.

die Einschränkung in Abs.2 beachtet werden muß. Ob dies ausreicht hier ausdrücklich von einer Spezial- oder Sonderregelung und insgesamt von den strengeren wehrstrafrechtlichen Sonderregeln zu sprechen, bliebe dann zumindest zweifelhaft (17).

4) Sicherlich geht es hier nicht so sehr darum, festzustellen, ob die Vorschriften des § 22 Abs.2 und 3 WStG nun tatsächlich als eine Sonderregelung bezeichnet werden können. Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, daß es sich bei § 22 WStG um eine Sonderregelung handeln s o l l , die der Gesetzgeber im Hinblick auf die militärischen Besonderheiten geschaffen hat, weil die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts über die Behandlung eines Verbotsirrtums - wie sie insbesondere durch den BGH entwickelt worden sind - hier der Sachlage nicht entsprechen würden. Diese Tatsache muß aber bei der Auslegung des § 22 WStG mitberücksichtigt werden.

Demnach sind zunächst zwei strittige Fragen zu beantworten. Einmal die relativ leichte, ob und wann eine Strafmilderungsmöglichkeit zulässig ist, zum anderen die erheblich schwierigere, von welcher Schuldtheorie - der eingeschränkten oder der strengen - bei der Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG ausgegangen werden soll. In einem engen Zusammenhang damit steht dann die weitere Frage, welche Irrtumsfälle nach § 59 StGB behandelt werden müssen und wie hier eine Abgrenzung erfolgen kann. Denn gerade bei den militärischen Insubordinationsdelikten ist die Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum - wie teilweise auch im allgemeinen Strafrecht (18) - recht schwierig.

---

17) So spricht z.B. KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.5 von einer Spezialregelung; DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10 und PETTERS-PREISENDANZ § 109b Anm. 5 d z.B. von einer Sonderregelung und SCHÄFER in DALCKE § 109b Anm. 12 (ähnlich DREHER, StGB, § 109b Anm. 2 B b) ganz allgemein von den strengeren wehrstrafrechtlichen Regeln.

18) Dazu DREHER ,StGB, § 59 Anm. II E 3 (am Ende, mit weiteren Nachweisen).

II. Die Frage nach einer Strafmilderungsmöglichkeit analog § 44 StGB bei vermeidbarem Irrtum

Zunächst soll zu der Frage Stellung genommen werden, ob es zulässig ist, den vermeidbaren Verbotsirrtum nicht nur bei der Strafzumessung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (19), sondern ob darüber hinaus wie im allgemeinen Strafrecht bei einem Verbotsirrtum eine Verschiebung des Strafrahmens nach § 44 StGB möglich ist.

Um diese Frage beantworten zu können, ist es zweckmäßig, zunächst von der Regelung in § 22 Abs.3 WStG auszugehen. Hier knüpft der Gesetzgeber eine derartige, lediglich fakultative Strafmilderung an die Tatsache, daß dem Soldaten der Irrtum nicht vorgeworfen werden kann. Als Umkehrschluß läßt sich daraus entnehmen, daß dies nicht möglich sein soll, wenn der Irrtum vermeidbar gewesen ist, denn dann ist er auch vorwerfbar (20). Diese Annahme wäre nur dann unzutreffend, wenn der Sinn des § 22 Abs.3 WStG nur der wäre, daß der Gesetzgeber hiermit zum Ausdruck bringen wollte, daß auch der unvermeidbare Irrtum bestraft werden soll. Ganz abgesehen davon, daß dann eine etwas einfacherere Formulierung möglich und auch angebracht gewesen wäre, würde dies dazu führen, daß beide Irrtumsfälle - unvermeidbarer und vermeidbarer - letztlich gleichbehandelt würden. Eine Differenzierung dürfte hier aber in der Tat erforderlich sein (21). Darüber besteht letzten Endes auch Einigkeit (22).

Bestritten ist jedoch, ob das gleiche auch bei Abs.2 gilt. KOHLHAAS und v.RICHTHOFEN verneinen dies, weil es sich bei § 22 Abs.2 und 3 WStG zwar um eine Spezialregelung

---

19) So ausdrücklich DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10,11.

20) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31:"...der Entwurf beschränkt sich darauf, bei schuldlosem Irrtum eine Strafmilderung...zuzulassen".

21) Darauf hat wohl zu Recht bereits KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.6 hingewiesen.

22) Zwar hat KOHLHAAS a.a.O. die Ansicht geäußert, daß v.RICHTHOFEN hier möglicherweise anderer Auffassung ist, dies dürfte jedoch auf ein Mißverständnis zurückzuführen sein, denn Anm.8 zu § 22 dürfte dies eindeutig widerlegen.

handle, die aber den irrenden Soldaten nicht unbedingt schlechter stellen will als den Zivilisten (23). Dagegen sehen DREHER u.a. darin eine abschließende Sonderregelung, die es verbietet, Grundsätze des allgemeinen Strafrechts zum Verbotsirrtum auch nur ergänzend heranzuziehen (24). Deshalb soll auch bei Abs.2 eine Strafmilderung nicht möglich sein.

Gegen die Auffassung von KOHLHAAS und v.RICHTHOFEN ist folgendes einzuwenden: Die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG muß als eine einheitliche zusammenhängende Sonderregelung bezüglich des Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls verstanden werden (25). Der Grundsatz ist,daß auch der unvermeidbare Verbotsirrtum bestraft werden soll, wobei nur in diesem Fall die Strafe nach Versuchsgrundsätzen gemildert werden kann. Von diesem Grundsatz gibt es nur eine Ausnahme, nämlich dann, wenn der Untergebene irrtümlicherweise an die Ausführung eines Vergehens oder Verbrechens glaubt. Dann soll er sogar straflos bleiben(26). Wie bereits ausgeführt worden ist, kann es nun bei Abs.3 gar nicht anders sein, als daß es eine Strafmilderung bei vermeidbarem Irrtum nicht geben kann. Warum dies dann für die vermeidbaren Irrtumsfälle bei Abs.2 anders sein soll, ist schlechterdings nicht einzusehen. Warum sollte z.B. der vermeidbare Irrtum darüber, daß der erteilte Befehl die Menschenwürde verletzt oder die Ausführung eines Vergehens bezweckt, anders zu beurteilen sein? Dafür kann es keine überzeugende Begründung geben. Vielmehr dürfte die Auffassung von DREHER dem Sinn der gesetzlichen Regelung eher entsprechen, so daß die Möglichkeit bei einem vermeidbaren Irrtum den Strafrahmen analog § 44 StGB zu verschie-

---

23) KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, Anm.5, v.RICHTHOFEN Anm.7 zu § 22; im Gegensatz zum eindeutigen Wortlaut der Amtl. Begr.WStG S.31 (zu Absatz 2).

24) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7 und 10, ebenso in JZ 1957,393(396); KRIEGER S.122f.; HIRSCHMANN S.188; SCHÄFER in DALCKE § 22 Anm.3.

25) Die Unterteilung in zwei Absätze ist für diese Frage völlig belanglos.

26) Ähnlich wie im Text auch HIRSCHMANN S.189 und SCHÄFER in DALCKE § 22 Anm.3.

ben, sowohl im Fall des Abs.3 als auch bei Abs.2 nicht zulässig ist (27).

III. Die Frage nach dem Anwendungsbereich der Absätze 2 und 3 des § 22 WStG

1) Nunmehr wollen wir uns der wichtigeren Frage zuwenden, die im Zusammenhang mit der Anwendung der Abs.2 und 3 des § 22 WStG ebenfalls umstritten ist. Abermals geht es dabei um das Ausmaß der Abweichung von den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts. Insbesondere die Rspr. folgt bei der Behandlung des Verbotsirrtums der eingeschränkten Schuldtheorie. Im Gegensatz dazu steht die sog. strenge Schuldtheorie, nach der es bei einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit nur darauf ankommt, ob er Irrtum vermeidbar war oder nicht. Nur im letzteren Fall soll stets eine Bestrafung ausgeschlossen sein.

Demgegenüber differenziert die eingeschränkte Schuldtheorie zwischen einem Erlaubnistatbestandsirrtum und dem eigentlichen Verbotsirrtum, dem sog. Erlaubnisirrtum. Im ersteren Fall soll stets eine Bestrafung wegen Vorsatztat analog § 59 StGB ausgeschlossen sein, ohne daß es hier auf die Frage der Vermeidbarkeit ankäme. Nimmt der Täter irrtümlich Umstände an, die, wenn sie objektiv vorlägen, die Tat rechtfertigen würden, dann soll § 59 StGB gelten (28). Nur wenn der Täter aus den ihm bekannten Tatsachen - also eine Verkennung tatsächlicher Umstände regelmäßig nicht gegeben ist - falsche rechtliche Schlüsse zieht, so daß er zu der Annahme gelangt, sein Tun sei rechtmäßig und deshalb erlaubt, nur bei einem derartigen Bewertungsirrtum soll es auf die Frage der Vermeidbarkeit ankommen. War dieser für ihn unvermeidbar, nur dann handelte der Täter nicht schuldhaft, insoweit ist der reine Verbotsirrtum als Schuldausschließungsgrund anerkannt. Anderenfalls kann er wegen Vorsatztat bestraft werden.

---

27) Wie DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10 auch HIRSCHMANN S.193, SCHAFER in DALCKE § 22 Anm.3 und SCHWAIGER, Dissertation, S.202.

28) Vgl. BGH 3,105; 4,88. Einen kurzen Überblick gibt auch ARNDT, Grundriß, S.103.

Hielte man auch im allgemeinen Strafrecht nur die sog. strenge Schuldtheorie für richtig, dann könnte auch bei der Anwendung des § 22 Abs.2 und 3 WStG kein Streit entstehen. Gleichgültig, ob es sich um einen "tatsächlichen" oder einen "rechtlichen" Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls handelt, in jedem Fall wäre die Sonderregelung des § 22 WStG anwendbar. Da jedoch die eingeschränkte Schuldtheorie im allgemeinen Strafrecht von der h.M. vertreten wird, wurde dieser Theorienstreit auch bei § 22 Abs.2 und 3 WStG akut. Ähnlich wie jetzt in § 17 Satz 1 StGB AT 73 (29) läßt sich nämlich auch der Regelung in § 22 WStG nicht ohne weiteres entnehmen, ob hier die strenge oder die eingeschränkte Schuldtheorie Anwendung finden soll, weil der Wortlaut allein hierüber keinen Aufschluß gibt.

2) Bevor zu dieser Frage selbst Stellung genommen wird, soll kurz der derzeitige Meinungsstand aufgezeigt werden.

a) Zunächst sollen diejenigen Autoren zu Wort kommen, die der Ansicht sind, daß § 22 Abs.2 und 3 WStG nur dann bei einem Irrtum über die Verbindlichkeit des erteilten Befehls anwendbar sei, wenn dieser auf einer falschen rechtlichen Bewertung beruht. Verkennt bzw. nimmt der Täter irrig Umstände an, die, wenn sie vorlägen, tatsächlich die Unverbindlichkeit des Befehls begründet hätten, dann soll stattdessen § 59 StGB analog angewendet werden. Dann käme allenfalls noch eine Bestrafung gemäß § 21 WStG wegen leichtfertigen Nichtbefolgens eines Befehls in Betracht.

(1) Als Hauptvertreter dieser Auffassung sind hier ARNDT und KOHLHAAS zu nennen (30).

(a) Soweit ersichtlich war ARNDT der erste, der bereits in der 1.Auflage (1958) seines Grundrisses (31) die Ansicht vertrat, daß die Regelung des § 22 Abs.2 und 3 WStG nicht

---

29) Vgl. dazu JESCHECK, Lehrbuch, § 41 IV 1 (S.307).

30) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.195 und 104, KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.6.

31) S.165; wiederholt in der 2.Auflage (1966) auf S.195.

alle Fälle eines Irrtums über die Verbindlichkeit eines Befehls abschließend regele. Schon vorher hatte er in einem Aufsatz (32) zu bedenken gegeben, daß insbesondere die Rechtsprechung die irrige Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes " Unverbindlichkeit des Befehls" nach § 59 StGB behandeln könnte. Zur Begründung verweist er darauf, daß - anders als der Regierungsentwurf es vorgesehen hatte - die Unverbindlichkeit des Befehls nunmehr nicht lediglich Bedingung der Strafbarkeit, sondern echter Rechtfertigungsgrund sei. Diesen Gedanken nimmt er im Grundriß wieder auf. Wenn die Unverbindlichkeit des Befehls echter Rechtfertigungsgrund sei, dann müsse das gleiche gelten wie z.B. bei der Putativnotwehr. Denn, so fährt ARNDT fort, "trotz seiner allgemeinen Fassung trifft § 22 Abs.3 diesen Sachverhaltsirrtum nicht, weil er erkennbar nur den Verbotsirrtum und ähnlich gelagerte Fälle behandelt".

Das Letztere steht etwas im Widerspruch zu seinem bereits zitierten Aufsatz, denn dort hatte er noch gesagt, daß "sie (d.h. Abs.2 und 3 des § 22 WStG) nach der Begründung eine abschließende Regelung aller Irrtumsfälle sein sollten".Ein weiterer Widerspruch zeigt sich bei dem Beispiel, das ARNDT für einen derartigen Sachverhaltsirrtum wählt, der nach § 59 StGB behandelt werden soll. Hier geht es um den Fall, daß der Untergebene auf Weisung seines Vorgesetzten einen Brief befördern soll, wobei er auf Grund besonderer Umstände glaubt, der Brief betreffe eine private Liebesangelegenheit des Vorgesetzten und der Befehl diene somit keinem dienstlichen Zweck. Dieses Liebes-Brief-Beispiel wählt ARNDT aber in einem anderen Aufsatz zur Verdeutlichung, daß der Untergebene selbst dann bestraft wird, wenn er sogar schuldlos über die Verbindlichkeit irren würde, er also hier auf eigenes Risiko handele (33).Dabei wird ausdrücklich § 22 WStG genannt. Wie soll dieser Fall nach ARNDT's Meinung nun tatsächlich entschieden werden?

---

2) In: DRiZ 1957,134(136).

3) Vgl. NZWehrR 1960,145(153). Auch das dort gleichfalls genannte Schießplatz-Beispiel dürfte den Ausführungen auf S.103f. des Grundrisses widersprechen.

(b) Auch KOHLHAAS (34) ist der Auffassung - wohl im Anschluß an ARNDT - , daß von der Irrtumsregelung in § 22 WStG nur der rechtliche Bewertungsirrtum erfaßt werde. Irre der Täter über äußere Tatsachen, dann fehle es "ohnehin am Vorsatz des Ungehorsams". Als Beispiel hierfür nennt er den Fall, daß der Untergebene irrtümlich glaubt, er werde mit Privataufträgen bedacht (35). KOHLHAAS gibt selbst zu, daß diese Auffassung "recht fragwürdig für militärische Belange" sei. Er meint aber, hier berücksichtigen zu müssen, daß "solche Irrtümer praktisch kaum im Ernstfall, wo man sich besser kennt und aufeinander hört, vorkommen, wogegen im weitverzweigten Garnisionsleben Irrtümer über Vorgesetztenverhältnisse tatsächlicher Art denkbar sind". Spielt hier aber KOHLHAAS nicht eventuell auf den Fall an, daß der Untergebene glaubt, der Befehlende sei überhaupt nicht sein Vorgesetzter, weil er noch nicht alle seine Vorgesetzten genau der Person nach kennt? Bei einer Verwechslung des tatsächlichen Vorgesetzten liegt aber stets ein Tatbestandsirrtum vor, also ein Irrtum über die Tatbestandsmäßigkeit und nicht ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit (36).

Überhaupt leiden die Ausführungen von KOHLHAAS etwas darunter, daß er sich teilweise unpräzise und unklar ausdrückt. Einmal schreibt er, daß es bei Abs.3 "im Gegensatz zu Abs.2 von Bedeutung (ist), ob der Untergebene über äußere Tatsachen irrt oder über die rechtliche Bewertung". Zur Begründung, warum dies bei Abs.3, nicht aber bei Abs.2 von Bedeutung ist, verweist er auf eine vorherige Anmerkung. Dort steht aber folgender Satz, der wohl gemeint sein muß: "Gleichgültig ist aber zugunsten des Befehlsempfängers, ob er über Tatsachen oder Rechtsbegriffe irrt, selbst wenn er entschuldbar irrig einen nicht strafbaren Tatbestand als strafbar ansieht...". Was dieser Satz bedeuten soll, wird

---

34) Vgl. Wehrstrafrecht, § 22 Anm.6.

35) Dagegen sieht er es als einen Bewertungsirrtum an, wenn der Soldat glaubt, es handele sich um kein Befehlsverhältnis (vgl.Anm.6 zu § 22). Dies ist zumindest mißverständlich, wenn man dagegen Anm.2b zu § 2 vergleicht.

36) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.10 (S.39).

nicht recht klar (37).

Schließlich ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß KOHLHAAS - wohl zur Bekräftigung seiner Auffassung - in diesem Zusammenhang auf einen eigenen Aufsatz verweist(38). Dort geht es aber nicht um die Regelung in § 22 WStG, sondern um § 109b Abs.5 StGB. Diese Ausführungen entsprechen exakt der absolut h.M. zu dieser Problematik. Nur vertritt man dieses Ergebnis bei § 109b StGB - welches KOHLHAAS nun offenbar wiederum auf § 22 WStG angewendet wissen will - gerade deshalb, weil die wehrstrafrechtliche Regelung anders, nämlich strenger sein soll. Dies wurde bereits oben näher ausgeführt.

(2) Trotz der soeben aufgezeigten Unklarheiten wurden die Gedanken von ARNDT und KOHLHAAS teilweise auch in der einschlägigen Literatur aufgegriffen. Zunächst müßte hier SCHWAIGER angeführt werden (39). Er gesteht zwar zu, daß die Gesetzesmaterialien gewisse Anhaltspunkte lieferten, § 22 Abs.2 und 3 WStG als abschließende Sonderregelung anzusehen, die die gesamten allgemeinen Regeln bei der Behandlung von Irrtümern über Rechtfertigungsgründe außer Kraft gesetzt haben könnte. Wenn dies aber tatsächlich so sein soll, dann hätte dies nach seiner Ansicht im Gesetz klar zum Ausdruck kommen müssen. Da das Gesetz hierüber schweigt, erscheint ihm die Auffassung von ARNDT und KOHLHAAS die richtige zu sein. Unter Berufung auf diese beiden Autoren ist auch SCHIERHOLT dieser Meinung, denn "trotz der allgemeinen Fassung will § 22 WStG nur den Rechtsirrtum über die Unverbindlichkeit des Befehls treffen"(40).

---

37) Im Gegensatz zu Abs.3 soll Abs.2 wohl offenbar auch den Sachverhaltsirrtum und nicht nur den Bewertungsirrtum erfassen. Diese Auffassung läßt sich sicherlich nicht aufrechterhalten, denn für beide Absätze muß das gleiche gelten. Soll der Satz dagegen ausdrücken, daß "zugunsten des Untergebenen" auch der entschuldbare Irrtum über Rechtsbegriffe strafbefreiend berücksichtigt wird, was soll dann "selbst wenn".

38) KOHLHAAS NJW 1957,929(930). Übrigens tut das auch ARNDT, Grundriß, S.195 in Anm.2, ebenso auch SCHWAIGER, Dissertation, S.123 in Anm.97 und SCHIERHOLT S.93 in Anm.3.

39) Vgl. SCHWAIGER, Dissertation, S.122ff.

40) Vgl. SCHIERHOLT S.93 Anm.3 (S.94).

b) Demgegenüber wird überwiegend der Standpunkt vertreten, daß § 22 Abs.2 und 3 WStG den Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls abschließend regele, so daß die allgemeinen Grundsätze über die Behandlung eines Irrtums auch nicht hilfsweise herangezogen werden dürften. Teilweise wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß damit insoweit - zumindest bei Abs.2 - die strenge Schuldtheorie Anerkennung gefunden habe (41). Insbesondere ist hier DREHER zu nennen, der mit Nachdruck der gegenteiligen Meinung entgegengetreten ist (42). Er sagt selbst, daß die Irrtumsregelung in § 22 WStG, die "die Anwendung sowohl des § 59 StGB als auch die Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum ausschließt", hart sei, aber aus soldatischen Gründen notwendig sei (43). Daß § 22 WStG eine abschließende, den besonderen Verhältnissen angepaßte Sonderregelung darstellt, die ein ergänzendes Zurückgreifen auf allgemeine Grundsätze zum Verbotsirrtum verbietet, wird auch von HIRSCHMANN, KRIEGER, PREISENDANZ und SCHÄFER betont (44). Ohne nähere Begründung ist auch v.RICHTHOFEN der Auffassung, daß es bei § 22 WStG keine Rolle spielt, "ob es sich um einen 'echten' Verbotsirrtum oder um einen Sachverhaltsirrtum handelt"(45).

3) Nachdem der Meinungsstand kurz skizziert worden ist, soll versucht werden, eine Lösung dieser Problematik zu finden. Dieser Streit kann auch nicht unentschieden gelassen werden, denn er kann u.U. erhebliche praktische Bedeutung haben. Und zwar dann, wenn es sich um einen sog. Sachverhaltsirrtum handelt. Müßte hier § 59 StGB angewendet werden, dann wäre stets der Vorsatz ausgeschlossen, ohne daß die Frage der Vermeidbarkeit eine Rolle spielen würde. Bei vorwerfbarem Irrtum käme dann zwar gem. § 59 Abs.2 StGB noch eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Betracht,aber

---

41) So z.B. KRIEGER S.122 in Anm.102.

42) JZ 1957,393(396) und DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.7,11.

43) Sachlich übereinstimmend KOHLRAUSCH-LANGE § 109b Anm. X 2.

44) Vgl. HIRSCHMANN S.188 und 191; KRIEGER S.122; PETTERS-PREISENDANZ § 109b Anm.5d; SCHÄFER in DALCKE § 22 Anm.3.

45) Vgl. v.RICHTHOFEN § 22 Anm.8.

einen allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestand des Ungehorsams gibt es nicht, nur das leichtfertige Nichtbefolgen ist gem. § 21 WStG unter Strafe gestellt. Erfaßt die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG dagegen auch den sog. Sachverhaltsirrtum, dann könnte wie bei dem rechtlichen Bewertungsirrtum auch der fahrlässige Irrtum und im Falle des Abs.3 sogar der schuldlose Irrtum bestraft werden.

a) Zunächst erscheint es angebracht, die Gesetzesmaterialien darauf hin durchzusehen, ob sie einen Hinweis enthalten, wie diese Problematik zu entscheiden ist. Wir erinnern uns, daß ARNDT selbst darauf aufmerksam gemacht hat, es sei die Auffassung des Gesetzgebers gewesen, § 22 Abs.2 und 3 WStG treffe eine abschließende Regelung bezüglich aller Irrtumsfälle (46). Nur bezweifelt er, daß ihm dies auch gelungen sei (47). Auch SCHWAIGER hat gemeint (48), die Gesetzesmaterialien würden zwar gewisse Anhaltspunkte dafür liefern, daß § 22 WStG nicht nur den Bewertungsirrtum erfassen würde, obwohl er dies dann aus anderen Erwägungen im Ergebnis ablehnt. Andererseits beruft sich z.B. HIRSCHMANN für seine gegenteilige Auffassung ausschließlich auf die amtliche Begründung (49).

Tatsächlich sind die Gesetzesmaterialien für die hier zu lösende Problematik recht unergiebig. Sie gestatten keine eindeutige Entscheidung für die eine oder andere Meinung. Zwar hat v.MERKATZ anläßlich der Begründung des Gesetzes im Bundestag gesagt (50): "Die inzwischen berühmt gewordene Judikatur des Bundesgerichtshofes zum Verbotsirrtum würde hier der Sachlage nicht entsprechen". Richtigerweise hat SCHWAIGER hierzu bemerkt, daß diese Aussage sowohl so als auch anders gemeint sein kann. Etwas eindeutiger scheint dagegen folgender Satz in der amtlichen Begründung zu sein (51): "Die Regelung (d.h. in Abs.2 und 3 des § 22

46) Vgl. ARNDT DRiZ 1957,134(136) und GA 1957,46(52).
47) Bereits besonders deutlich in GA 1957,46(52).
48) SCHWAIGER, Dissertation, S.123.
49) Vgl. HIRSCHMANN S.188 in Anm.1.
50) Mdl.Begr.WStG S.10852(B).
51) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31.

WStG) kann daher nicht der Rechtsprechung zum Tatbestands- und Verbotsirrtum folgen...". Die nachfolgende Begründung "zumal die Verbindlichkeit des Befehls nicht Tatbestandsmerkmal sein soll" dürfte jedoch mehr verdunkeln als erhellen, was gemeint ist. Der Bericht des Rechtsausschusses (52) enthält überhaupt keinen Hinweis. Es wird nur begründet, weshalb die Unverbindlichkeit nunmehr als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet worden ist, und daß aus sprachlichen Gründen bei Abs.3 eine Umstellung erfolgt ist. Klar und unmißverständlich hat sich dagegen DREHER, der maßgeblich an der Ausarbeitung des Gesetzentwurfes beteiligt gewesen ist, dahingehend festgelegt, daß die Regelung in § 22 WStG bezüglich des Irrtums über die Verbindlichkeit die Anwendung sowohl des § 59 StGB als auch der Rspr. des BGH zum Verbotsirrtum ausschließe (53).

b) Wenn demnach die Gesetzesmaterialien keinen Aufschluß darüber geben konnten, welcher Auffassung zu folgen ist, so muß nach anderen Lösungsgesichtspunkten gesucht werden. Zwar mag es richtig sein, daß die Gesetzesmaterialien mehr Anhaltspunkte dafür enthalten, daß die Irrtumsregelung in § 22 WStG eine abschließende sein soll, aber eine endgültige Entscheidung lassen sie m.E. nicht zu. Im folgenden soll nun so vorgegangen werden, daß zunächst die Argumente erörtert werden, die gegen einen weiten Anwendungsbereich sprechen, der auch den Sachverhaltsirrtum erfassen würde. Anschließend folgt dann die Auseinandersetzung mit den Gründen, die für einen weiten Anwendungsbereich angeführt werden können.

(1) Wenn ARNDT und im Anschluß daran SCHIERHOLT meinen, daß § 22 Abs.2 und 3 WStG "erkennbar nur den Bewertungsirrtum als den eigentlichen Verbotsirrtum und nicht auch den Sachverhaltsirrtum erfasse"(54), so dürften die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, daß dieses Argument unzutreffend ist. Die Frage der "Erkennbarkeit" ist gerade umstritten. Im wesentlichen sind es deshalb drei Ar-

52) Vgl. Bericht HAASLER S.7.

53) In: JZ 1957,393(396).

54) ARNDT, Grundriß, S.195; SCHIERHOLT S.93 in Anm.3 (S.94).

gumente, die für die engere Auffassung geltend gemacht werden können.

SCHWAIGER hat erklärt (55), daß der objektive Sinn des Gesetzes, besonders aber auch die Formulierung des § 22 Abs.2 WStG darauf hindeuten würden, daß hier nur der eigentliche Verbotsirrtum, also der rechtliche Bewertungsirrtum gemeint sein könne. Dieses Argument ist im ersten Moment verblüffend und scheint zutreffend zu sein. Beim näheren Hinsehen entpuppt es sich aber sogleich als wenig überzeugend. Daß die Formulierung des § 22 WStG eng an die vom BGH entwickelten Regeln zum Irrtum über das Unrecht der Tat - also dem eigentlichen Verbotsirrtum als Bewertungsirrtum - anlehnt, dürfte richtig sein. Aber von hier auf den objektiven Sinn des Gesetzes schließen zu wollen, dürfte falsch sein. Denn daß der Gesetzgeber der Judikatur des BGH zum Verbotsirrtum gerade nicht folgen wollte, steht zweifelsfrei fest. Zumindest die Regelung in § 22 Abs.2 WStG entspräche nun aber genau der Rechtsprechung des BGH, wenn hier nur der Bewertungsirrtum gemeint wäre, außer, wenn man den Unterschied darin sähe, daß keine Strafmilderungsmöglichkeit nach Versuchsgrundsätzen bei einem vermeidbaren Irrtum vorgesehen ist.

Schwerwiegender ist dagegen das weitere Argument, welches SCHWAIGER im Anschluß an ARNDT nennt (56). Dieses Argument orientiert sich an der Tatsache, daß die Verbindlichkeit des Befehls im Regierungsentwurf zunächst lediglich als objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestaltet worden war und erst nachträglich die Unverbindlichkeit des Befehls als ein echter Rechtfertigungsgrund in das Gesetz aufgenommen worden ist, obwohl - und das ist für diese Argumentation wichtig - die Formulierungen des Abs.2 und 3 selbst nicht verändert worden sind. Daraus will SCHWAIGER nun den Schluß ziehen, daß man zur Zeit, als man diese Bestimmung schuf, "kaum an die zwei Arten des Irrtums über die Rechtfertigung gedacht haben kann". Das dürfte sogar richtig sein, ist aber sehr formal gedacht, und deshalb wenig über-

---

55) SCHWAIGER, Dissertation, S.124.

56) SCHWAIGER, Dissertation, S.123f.; ARNDT, Grundriß, S.195, derselbe bereits früher in DRiZ 1957,134(136).

zeugend. Hier geht es doch zunächst darum, festzustellen, welches Ergebnis der Gesetzgeber erzielen wollte.

Dies dürfte doch allem Anschein nach das sein, daß nach Möglichkeit jeder Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls strafrechtlich verfolgt werden kann, so daß dem Soldaten die Berufung auf einen Irrtum von vornherein abgeschnitten werden kann. Deswegen meinte der Gesetzgeber, daß die Rechtsprechung zum Verbotsirrtum nicht der Sachlage entspräche. Wahrscheinlich hat ihm hier ein ähnliches Ergebnis vorgeschwebt, wie es die Rspr. bei § 113 StGB a.F. dadurch erreichte, daß sie die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als objektive Strafbarkeitsbedingung verstanden hat. Hier aber wurde noch nie zwischen einem Sachverhaltsirrtum und einem Bewertungsirrtum unterschieden. Was also der Gesetzgeber letzten Endes erreichen wollte, darüber dürfte wohl nicht mehr gestritten werden können.

Fragen könnte man sich deshalb nur, ob dieses Ziel immer noch auf Grund des Gesetzeswortlautes erreicht werden kann, nachdem die Unverbindlichkeit des Befehls als echter Rechtfertigungsgrund anerkannt worden ist und der Gesetzestext in § 22 Abs.2 und 3 WStG unverändert beibehalten worden ist. Dies dürfte wohl das entscheidende Argument von ARNDT (57) für seine Auffassung vom engen Anwendungsbereich der Irrtumsregeln in § 22 WStG sein. Es könnte nämlich durchaus sein, daß das gesteckte Ziel bei diesem Wortlaut nicht erreicht werden könnte.

In die gleiche Richtung dürfte auch der letzte Einwand von SCHWAIGER (58) gehen, wenn er meint, daß dann, wenn tatsächlich durch § 22 WStG alle Regeln des allgemeinen Strafrechts über die Behandlung des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund außer Kraft gesetzt werden sollten, dies im Gesetz hätte klar zum Ausdruck kommen müssen. Einen derartigen Hinweis vermißt er jedoch. Wenn sich das Gesetz aber darüber ausschweigt, dann sei nicht anzunehmen, daß § 22 Abs.2 und 3 WStG den Irrtum über einen Sachverhalt, der,

---

57) Zweifelnd bereits in DRiZ 1957,134(136) und jetzt ausdrücklich in Grundriß S.104 und 195.

58) Vgl. Dissertation, S.123.

wenn er objektiv vorläge, zur Unverbindlichkeit des Befehls geführt hätte, von der allgemeinen Regel ausnehmen wollte. Dann aber gelten nach § 3 WStG die allgemeinen Regeln.

(2) Andererseits, und damit kommen wir zu den Argumenten, die für einen weiten Anwendungsbereich der Abs.2 und 3 des § 22 WStG angeführt werden können, kann man sich doch berechtigterweise fragen, warum muß unbedingt der eingeschränkten Schuldtheorie gefolgt werden, denn darauf läuft es doch im Grunde hinaus, wenn man sagt, der Sachverhaltsirrtum bei einem Rechtfertigungsgrund müsse nach § 59 StGB behandelt werden und könne deshalb nicht von der Regelung in § 22 WStG erfaßt werden. Man könnte hier nämlich genauso gut auch den Standpunkt der strengen Schuldtheorie einnehmen. Zwar dürfte die eingeschränkte Schuldtheorie im allgemeinen Strafrecht die herrschende sein, was jedoch nicht zwangsläufig bedeutet - wie es bei ARNDT, KOHLHAAS und SCHWAIGER den Anschein hat - , daß sie deshalb auch unbedingt im Wehrstrafrecht ohne weiteres angewendet werden müßte, wenn hier keine ausdrückliche - also ex pressis verbis - andere Regelung erfolgt ist. Übersehen wird hierbei auch, daß die eingeschränkte Schuldtheorie selbst nach Auffassung ihrer Vertreter im allgemeinen Strafrecht nicht uneingeschränkt gelten soll. Bei bestimmten Rechtfertigungsgründen erkennt die Rspr. Ausnahmen an (59). Außerdem ist § 3 Abs.1 WStG nicht so wörtlich zu nehmen, als daß nicht auch auf die besonderen militärischen Gegebenheiten Rücksicht genommen werden dürfte (60).

Aber alles das mag dahingestellt bleiben. Das letztlich entscheidende Argument für einen weiten Anwendungsbereich des § 22 WStG wurde bereits indirekt genannt. Maßgeblich hierfür sind die militärischen Besonderheiten (61). Hier sollte eine abweichende Regelung aller Irrtumsfälle über die Verbindlichkeit des Befehls geschaffen werden. Warum

---

59) Dazu ausführlich JESCHECK, Lehrbuch, § 41 III 2 c (S.306f.).

60) Vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 3 Rdnr.12, Eb.SCHMIDT JZ 1960,188 sowie ARNDT, Grundriß, S.35.

61) DREHER JZ 1957,393(396); KOHLRAUSCH-LANGE § 109b Anm. X 2.

dies so ist und gar nicht anders sein könnte, dafür ließen sich die gleichen Gründe anführen, mit denen § 22 Abs.3 und damit die Möglichkeit, daß auch bei einem nicht vorwerfbaren Irrtum bestraft werden kann, verfassungsrechtlich gerechtfertigt worden ist. Hält man einerseits den § 22 Abs.3 WStG aus militärischen Gründen für notwendig, dann wäre diese Annahme unglaubwürdig und würde sich von selbst widerlegen, wollte man nicht gleichzeitig auch den sog. Sachverhaltsirrtum dieser Regelung unterwerfen. Deshalb ist es nur folgerichtig, wenn auch der Sachverhaltsirrtum von der Regelung in § 22 WStG erfaßt werden soll. Nähme man den Sachverhaltsirrtum hiervon aus, so würde dies eine erhebliche Einschränkung des Schutzes bedeuten, der gerade mit einer derartigen Irrtumsregelung erreicht werden sollte, nämlich die Schlagkraft und die Einsatzbereitschaft der Streitkräfte zu gewährleisten und zu stärken. Denn ob der Irrtum auf einer Verkennung tatsächlicher Umstände oder auf einer falschen rechtlichen Bewertung beruht, ist vom Ergebnis her nicht anders zu beurteilen. Schließlich wäre es auch nicht einzusehen, daß zwar der schuldlose rechtliche Bewertungsirrtum bestraft werden soll, nicht aber der fahrlässige Sachverhaltsirrtum, ganz zu schweigen vom schuldlosen Irrtum. Vom Sinn der Regelung wäre eine derartige Unterscheidung keinesfalls gerechtfertigt. Man könnte hier bald von einem Junktim sprechen. Derjenige, der der Auffassung ist, daß auch der schuldlose Verbotsirrtum bestraft werden muß, kann den Sachverhaltsirrtum hiervon nicht ausnehmen. Bei umfassenderer Betrachtungsweise der gesamten Irrtumsregelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG müßte man daher zu der Auffassung kommen, daß der Sachverhaltsirrtum von dieser Regelung nicht ausgeschlossen sein darf.

c) Wie wir somit bisher gesehen haben, dürften auf den ersten Blick hin für die zweite Auffassung die überzeugenderen Argumente sprechen. Als einziges Argument für die erste Auffassung könnte lediglich die Tatsache angeführt werden, daß es zwar eventuell dem Sinn der Regelung in § 22 WStG nach zweckmäßig und auch erforderlich wäre, daß der Sachverhaltsirrtum von ihr erfaßt wird, aber es fehle

eben dafür im Gesetzestext ein entsprechender Hinweis,und deshalb müßten gem. § 3 Abs.1 WStG die allgemeinen Regeln angewendet werden. Dieses "Versäumnis" des Gesetzgebers sei zwar ärgerlich, so ließe sich argumentieren, aber auf Grund rechtsstaatlicher Erwägungen leider nicht zu umgehen. Mit diesen Einwand müßten wir uns abschließend noch auseinandersetzen.

(1) Ob dieser Einwand indes stichhaltig genug ist, erscheint zweifelhaft. Zwar kann nicht bestritten werden, daß ein ausdrücklicher gesetzlicher Hinweis fehlt. Dies dürfte jedoch kein Hinderungsgrund sein, die Irrtumsregelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG so zu interpretieren, wie sie vom Gesetzgeber offenbar gewollt ist und wie es bei einer Gesamtbetrachtungsweise auch nur sinnvoll sein kann. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die strenge Schuldtheorie im wahrsten Sinn des Wortes "strenger" ist als die eingeschränkte Schuldtheorie. Insoweit könnte hier möglicherweise das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot gemäß Art.103 Abs.2 GG (Analogieverbot zuungunsten des Täters!) tangiert sein. Aber auch bei dem neuen § 17 Satz 1 StGB AT 73 ist nicht eindeutig klargestellt worden, ob die eingeschränkte oder die strenge Schuldtheorie Anwendung finden soll. Dies hat der Gesetzgeber sogar bewußt offengelassen (62). Dann kann aber auch bei § 22 WStG der Einwand, daß eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetzestext fehlt, nicht so schwerwiegend sein, um trotz des eindeutig erkennbaren Sinns der gesetzlichen Regelung und der damit verbundenen Zielvorstellungen des Gesetzgebers zu einem anderen Ergebnis zu gelangen und den Sachverhaltsirrtum von dieser Regelung auszuschließen.

Schließlich müßte hier auch § 11 Abs.1 Satz 3 letzter Halbsatz SG beachtet werden. Danach ist der Soldat von der Verantwortung für den Ungehorsam nur dann befreit, wenn der Befehl tatsächlich unverbindlich ist. Irrt er sich, so soll er hierfür stets zur Verantwortung gezogen werden. § 22 Abs.2 und 3 WStG kann nun aber durchaus als strafrechtliche Parallelvorschrift aufgefaßt werden. Dann dürfte die-

---

62) Vgl.WESSELS § 9 I 4 (S.72); JESCHECK, Lehrbuch, § 41 IV 1.

se Regelung auch als eine abschließende zu verstehen sein (63).

(2) Im Ergebnis kann deshalb der wohl h.M. zugestimmt werden, daß § 22 Abs.2 und 3 WStG eine abschließende Sonderregelung bezüglich des Irrtums über die Verbindlichkeit des Befehls darstellt, die sämtliche diesbezüglichen Regeln des allgemeinen Strafrechts außer Kraft gesetzt hat. Deshalb kommt es hier auf die Unterscheidung zwischen einem Erlaubnistatbestands- und einem Erlaubnisirrtum nicht an. Beide Fälle eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit müssen gleichbehandelt werden; insoweit gilt das gleiche wie bei § 113 Abs.4 StGB n.F. (64). Die abweichende Meinung muß als dem Sinn des Gesetzes widersprechend abgelehnt werden. Im übrigen erscheint sie auch deshalb als inkonsequent, weil gerade die Anwendung des § 59 StGB nach Möglichkeit ausgeschlossen werden sollte. Dies war der Grund, weshalb die Verbindlichkeit des Befehls gerade kein Tatbestandsmerkmal sein sollte (65). Würde man aber den Erlaubnistatbestandsirrtum nun doch analog § 59 StGB behandeln wollen, dann würden damit diese Bestrebungen wiederum unterlaufen, die allseits Zustimmung gefunden haben.

IV. Die Frage nach der Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte

1) Nachdem geklärt worden ist, daß der sog. Erlaubnistatbestandsirrtum nicht nach § 59 StGB als Tatbestandsirrtum zu behandeln ist, sondern als Verbotsirrtum angesehen werden muß, auf den ebenfalls die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG anwendbar ist, gilt es nunmehr noch ganz allgemein zu der Frage Stellung zu nehmen, wann im Bereich

---

63) Die Amtl.Begr.WStG S.32 spricht auch davon, daß der Weg im Wehrstrafrecht durch § 11 SG vorgezeichnet gewesen sei.

64) So die absolut h.M., vgl. DREHER, StGB, Anm.5B, PETTERS-PREISENDANZ Anm.IV 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr.37 zu § 113.

65) Vgl. statt vieler DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6. Dem stimmen übrigens auch ARDNT (Grundriß S.192) und KOHLHAAS (Wehrstrafgesetz, Anm.2 zu § 2) zu.

der militärischen Insubordinationsdelikte von einem Tatbestandsirrtum und wann von einem Verbotsirrtum gesprochen werden kann, und ob eine derartige Abgrenzung überhaupt notwendig ist. Daß es sich dabei auch um Probleme bei der Anwendung der Absätze 2 und 3 des § 22 WStG - insbesondere des § 22 Abs.3 WStG - handelt, wird sich sogleich aus dem Folgenden ergeben.

Die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum fällt auch im allgemeinen Strafrecht manchmal recht schwer (66). Im besonderen Maße gilt dies für die militärischen Ungehorsamsdelikte. Ursache hierfür ist die eigenartige Definition des Befehls in § 2 Nr.2 WStG. Dadurch wird es äußerst schwierig, genau zu bestimmen, ob sich der Irrtum auf die Tatbestandsmäßigkeit oder auf die Rechtswidrigkeit bezogen hat.

2) Naturgemäß gäbe es derartige Schwierigkeiten nicht, wenn die Anwendung des § 59 StGB im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte überhaupt ausgeschlossen wäre. Dann kann es nur "Verbotsirrtümer" geben. Dies ist nicht so unwahrscheinlich, wie es zunächst erscheinen mag (67). In § 3 Abs.1 WStG wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Grundsätze des allgemeinen Strafrechts nur dann gelten, wenn das WStG nichts anderes bestimmt. Dies könnte jedoch durch § 22 Abs.2 und 3 WStG geschehen sein. Durchaus denkbar wäre es, daß der Wortlaut des § 22 Abs.3 WStG objektiv zu verstehen wäre (68). § 22 Abs.3 WStG müßte dann so interpretiert werden, daß diese Bestimmung stets dann angewendet werden soll, wenn folgender Sachverhalt

---

66) Vgl. MAURACH, Lehrbuch AT, § 23 I B 4 (S.273f.) und § 38 II B 4 (S.481f.); SCHAFFSTEIN insbes.S.187ff.; ENGISCH ZStW 70(1958),566(581).

67) Daß dies mit dem Wortlaut des § 22 WStG durchaus vereinbar wäre, stellt auch ROXIN (Tatbestände S.30) fest.Diese Annahme ist auch deshalb nicht völlig ausgeschlossen, weil die Verbindlichkeit des Befehls im Grunde auch Tatbestandsmerkmal sein müßte. Gerade die Verbindlichkeit charakterisiert das typische Unrecht der Ungehorsamsdelikte.

68) Der Spezialfall in § 22 Abs.2 WStG kann hier unberücksichtigt bleiben.

gegeben ist: Ein militärischer Vorgesetzter erteilt im Rahmen seiner Befehlsbefugnis einen rechtmäßigen Befehl, den der Untergebene objektiv verpflichtet ist, auszuführen. Subjektiv glaubt dieser jedoch infolge eines Irrtums, daß die Anweisung aus irgendeinem Grund keine Gehorsamspflicht auslöse (69). Bleibt er untätig, dann hätte er objektiv einem Befehl, dem er Gehorsam schuldet, den Gehorsam versagt. Wäre es in jedem Fall gleichgültig, worauf dieser Irrtum zurückzuführen ist, dann wäre damit die Anwendung des § 59 StGB ausgeschlossen, einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum könnte es nicht geben.

Für eine derartige Auffassung könnten die Gesetzesmaterialien einen schwachen Hinweis geben. Dort steht nämlich folgendes (70): "Die Regelung kann daher nicht der Rechtsprechung zum Tatbestands- und Verbotsirrtum folgen, zumal die Verbindlichkeit des Befehls nicht Tatbestandsmerkmal sein soll". Völlig eindeutig ist dies jedoch nicht(71). Deutlicher erscheint dagegen folgender Satz von DREHER: "Man kann gewiß auf dem Standpunkt stehen, daß die Irrtumsregelung des § 22 II,III, die die Anwendung sowohl des § 59 StGB als auch der Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum ausschließt, hart ist"(72). Aber bereits in der Amtl.Begr. zum WStG wird erwähnt, daß ein Tatbestandsirrtum denkbar sei (73). Dies soll z.B. der Fall sein, wenn der Untergebene den Befehl irrig für einen Rat oder Wunsch des Vorgesetzten und nicht für eine Anweisung mit Anspruch auf Gehorsam hält. Dann kann aber die Anwendbarkeit des § 59 StGB im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Ebenso vertritt DREHER an anderer Stelle die Auffassung, daß es einen gem. § 59 StGB vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum geben

---

69) Was mit den Worten umschrieben wäre, daß der Untergebene einen Befehl nicht befolgt, weil er ihn nicht für verbindlich hält.

70) Amtl.Begr.WStG S.31.

71) Vgl.jedoch ARNDT GA 1957,46(52) und DRiZ 1957,134(136).

72) DREHER JZ 1957,393(396).

73) Amtl.Begr.WStG S.15.

kann (74). Deshalb kann es nur ein Mißverständnis sein, wenn ARNDT in diesem Zusammenhang schreibt (75): "Zweifelhaft ist, ob die Irrtumsregelung des Wehrstrafgesetzes eine abschließende ist und alle Fälle eines Irrtums etwa nach § 22 behandelt werden müssen. Diese Auffassung wird vertreten (76), kann aber nicht richtig sein; ein dahingehender Wille des Gesetzgebers ist aus dem Gesetz nicht herauszulesen und hätte bei der Bedeutung der Frage (z.B. dem Irrtum über die Vorgesetzteneigenschaft oder über das Vorliegen eines Befehls) ausdrücklicher Klarstellung bedurft".

So weit ersichtlich wird eine derart rigorose Auffassung, daß von § 22 WStG alle denkbaren Irrtumsfälle erfaßt werden,so daß § 59 StGB im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte unanwendbar wäre, nicht vertreten.Dies erscheint auch deshalb nicht möglich (77), weil es anderenfalls überhaupt nicht auf die subjektive Vorstellung des Täters ankäme. Allein der objektive Sachverhalt wäre für die Bestrafung entscheidend, denn gem. § 22 Abs.3 WStG wäre ja selbst ein unvermeidbarer Irrtum unbeachtlich. Dies würde jedoch bedeuten, daß der Vorsatz des Täters bei den militärischen Ungehorsamsdelikten praktisch ohne Bedeutung wäre.

Feststeht somit, daß es auch im Bereich der Insubordinationsdelikte vorsatzausschließende Tatbestandsirrtümer geben kann und deshalb nicht sämtliche Irrtumsfälle von der Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG erfaßt werden. Gleichzeitig soll noch auf folgendes hingewiesen werden: Zweifelhaft könnte sein, ob es neben den Tatbestandsirrtümern und solchen Irrtumsfällen, auf die § 22 WStG anwendbar ist, noch andere "Verbotsirrtümer" gibt (78).Man

---

74) In: DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.6.

75) ARNDT, Grundriß, S.117.

76) Es folgt ein Hinweis auf DREHER und RITTAU.

77) Vgl.aber den Gesetzesvorschlag von ARNDT GA 1957,46(52).

78) So schrieb ARNDT z.B. in DRiZ 1957,134(136): "Der Irrtum des Untergebenen darüber, der Befehl sei rechtswidrig, ist unerheblich, denn die Rechtmäßigkeit des Befehls ist kein Tatbestandsmerkmal des Befehls und des Ungehorsams;

könnte der Auffassung sein, daß § 22 WStG nur die Irrtumsfälle erfaßt, wo der Untergebene fälschlicherweise das Vorliegen eines Unverbindlichkeitsgrundes angenommen hat, also nicht auch die Fälle, wo dem Soldaten das Unrechtsbewußtsein aus anderen Gründen fehlt. Die Wendung in § 22 WStG "und befolgt er ihn deshalb nicht" - nämlich weil er den Befehl, den er als solchen erkannt hat, für unverbindlich gehalten hat - könnte dies nahelegen. Dazu ist folgendes festzustellen: Alle Irrtumsfälle, in denen der Untergebene die Rechtswidrigkeit seines Tuns gleich aus welchen Gründen verneint oder nicht erkennt, unterfallen der Regelung in § 22 WStG, soweit sie nicht sog. Tatbestandsirrtümer sind, die bereits den Vorsatz ausschließen (79).

Wenn auch im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte vorsatzausschließende Tatbestandsirrtümer anerkannt werden müssen, dann hat die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum auch eine erhebliche praktische Bedeutung. Denn im Fall eines Tatbestandsirrtums scheidet eine Bestrafung wegen Vorsatztat aus. Möglich bleibt dann nur noch eine Bestrafung wegen leichtfertigen Nichtbefolgens eines Befehls gemäß § 21 WStG (80). Das setzt jedoch grobe Fahrlässigkeit voraus (81), die zumeist nicht vorliegen wird. Dann bleibt der Untergebene straflos. Der Frage, wie der Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte unterschieden und abgegrenzt werden kann, wollen wir uns nunmehr zuwenden.

3) Bei den nachfolgenden Erörterungen muß von drei feststehenden Tatsachen ausgegangen werden:

1. Auch im Bereich der Ungehorsamsdelikte ist der vorsatzausschließende Tatbestandsirrtum anerkannt.

---

diesen Irrtum regelt auch § 22 nicht. Es kann höchstens ein Verbotsirrtum nach allgemeinem Recht vorliegen".

79) So jetzt auch ARNDT, Grundriß, S.193f., anders noch in DRiZ 1957,134(136). Vgl. auch HIRSCHMANN S.207 und SCHIERHOLT S.77ff. und S.89.

80) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.6, SCHWAIGER, Dissertation, S.118 Anm.82 und S.127.

81) Vgl.SCHWAIGER, Dissertation, S.127 (m.w.N. in Anm.110).

2. Fehlt dem Täter das Unrechtsbewußtsein und liegt auch kein Tatbestandsirrtum vor, dann kann es sich nur um einen Verbotsirrtum handeln, für den dann ausschließlich die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG gilt.
3. Die Verbindlichkeit des Befehls ist kein Tatbestandsmerkmal. Der Irrtum hierüber kann deshalb kein Tatbestandsirrtum sein, sondern ist stets Verbotsirrtum.

Die entscheidende Frage lautet somit folgendermaßen: Wann kann in den Fällen, in denen dem Untergebenen das Unrechtsbewußtsein aus irgendeinem Grunde fehlt, ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum bejaht werden? Alle anderen Fälle fielen dann unter die Regelung in § 22 WStG. Wie schwierig hier jedoch eine Abgrenzung ist, soll an Hand der folgenden fünf Beispielsfälle aufgezeigt werden.

Beispiel 1 : Ein Untergebener stellt sich auf den Standpunkt, daß ein Vorgesetzter seine Vorgesetzteneigenschaft verliere, wenn dieser schwerwiegende Verbrechen befiehlt. Deshalb seien diese "Befehle" seiner Meinung nach völlig bedeutungslos.

Beispiel 2 : Die Soldaten glauben, wegen der Volltrunkenheit ihres Vorgesetzten könnten dessen Befehle keine Gehorsamspflicht auslösen (82).

Beispiel 3 : Der Untergebene nimmt irrtümlich an, der Befehl des Fachvorgesetzten sei nicht zu fachdienstlichen Zwecken erteilt und deshalb befolgt er ihn nicht.

Beispiel 4 : In einem Fall, wo sich ein Offizier berechtigterweise zum Vorgesetzten gem. § 6 VorgVO erklärt hat, glaubt der betreffende Soldat, die Erklärung sei überhaupt nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erfolgt, oder er glaubt, die entsprechenden Voraussetzungen für eine Erklärung gem. § 6 VorgVO seien nicht gegeben.

Beispiel 5 : Ein Soldat rechnet fest mit seiner rückwirkenden Entlassung aus der Bundeswehr. Deshalb verweigert er beharrlich den Gehorsam gegenüber jeglichen Befehlen seiner Vorgesetzten (83).

Wie diese und ähnliche Fälle zu lösen sind, hängt entscheidend davon ab, ob hier ein Tatbestandsirrtum oder lediglich ein Verbotsirrtum bejaht werden kann. Um diese

---

82) Daß es auch volltrunkene Vorgesetzte gibt, die Befehle erteilen, vgl. dazu BDH NZWehrR 1962,162(163).

83) In Anlehnung an OLG Düsseldorf NZWehrR 1967,31f.

Frage beantworten zu können, soll folgendermaßen vorgegangen werden. Zunächst soll versucht werden, die theoretischen Grundlagen zu erarbeiten, um die relevanten Lösungsgesichtspunkte zu erhalten. Sind diese geklärt, dann sollen sämtliche Tatbestandsmerkmale im Bereich der Ungehorsamsdelikte daraufhin untersucht werden, ob ein Tatbestandsirrtum überhaupt denkbar ist und in welchen Fällen er bejaht werden kann oder ob lediglich ein Verbotsirrtum vorliegen kann. Im Rahmen dieser Ausführungen werden dann auch die fünf Beispielsfälle gelöst werden.

4) Die Frage, wann ein Tatbestandsirrtum bejaht werden kann, ist letztlich ein spezielles Vorsatz-Problem, insbesondere bei den militärischen Insubordinationsdelikten. So sagt JESCHECK (84), daß "der Tatbestandsirrtum nichts anderes ist als die Verneinung des für den Vorsatz erforderlichen Vorstellungsbildes". Nur ist es oft schwierig, genau zu ermitteln, welche Voraussetzungen an dieses Vorstellungsbild bei den jeweiligen Straftatbeständen zu stellen sind. BAUMANN bezeichnet den Tatbestandsirrtum ganz allgemein als die "Kehrseite des Vorsatzes"(85).

a) Um feststellen zu können, wann ein Tatbestandsirrtum vorliegt, ist es deshalb erforderlich, sich zunächst zu fragen, welche Anforderungen an den Vorsatz bei diesem bestimmten Delikt zu stellen sind. Wenn dies genau präzisiert worden ist, dann kann darüber entschieden werden, ob der betreffende Täter diese Vorstellung hatte oder nicht. Wird dies verneint, handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum. Entspricht aber die Tätervorstellung genau den Vorsatzanforderungen und fehlt dem Täter gleichwohl das Unrechtsbewußtsein, dann kann es sich nur um einen Verbotsirrtum handeln.

Grundsätzlich gilt, daß vom Vorsatz alle Tatbestandsmerkmale umfaßt sein müssen. Grundtatbestand aller Ungehorsamsdelikte ist das Nichtbefolgen eines militärischen Befehls. In jedem Fall muß der Soldat deshalb die Vorstel-

84) Lehrbuch § 29 V 1 a (S.205).
85) BAUMANN, Lehrbuch, § 27 I (S.396).

lung haben, daß er einen an ihn gerichteten Befehl nicht befolgt. Bei allen Ungehorsamsdelikten muß er also wissen, daß er einer Anweisung nicht nachkommt, und daß es sich bei dieser Anweisung um einen militärischen B e - f e h l handelt. Wichtigstes Tatbestandsmerkmal aller dieser Straftatbestände ist demnach das Vorliegen eines "Befehls". Glaubt der Untergebene, dies wäre nicht der Fall, dann befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum.

Diese Feststellung ist noch relativ leicht zu treffen. Zur Lösung unserer Problematik trägt sie indes nicht viel bei, denn die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen erst hier. Die Aussage, der Soldat habe irrtümlich das Vorliegen eines Befehls verneint, setzt voraus, daß die Anweisung überhaupt ein Befehl war. Nur wenn das geklärt ist, läßt sich sagen, ob das subjektive Vorstellungsbild beim Täter diesem Tatbestandsmerkmal entspricht bzw. nicht entspricht. Wie das Vorstellungsbild also beschaffen sein muß, hängt letztlich davon ab, was unter einem Befehl zu verstehen ist.

Der Befehlsbegriff ist ein mehrschichtiger Begriff (86). Er setzt sich aus mehreren Merkmalen zusammen. Diese Merkmale muß der Täter kennen und in ihrer Bedeutung erkannt haben. Dann hat er auch eine entsprechende Vorstellung von einem "Befehl", vorsätzliches Handeln wäre dann zu bejahen. Wann kann man nun von einem Befehl sprechen, welche Merkmale müssen erfüllt sein?

b) Eine Definition des Befehlsbegriffs ist bereits teilweise in § 2 Nr.2 WStG enthalten. Danach ist für den Befehl begriffswesentlich, daß es sich um eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten durch einen militärischen Vorgesetzten gegenüber einem seiner Untergebenen mit dem Anspruch auf Gehorsam handelt. Zum Befehlsbegriff gehört dagegen nicht dessen Verbindlichkeit. Der Irrtum darüber ist Verbotsirrtum. Die Frage, ob die Anweisung die spezifisch militärische Gehorsamspflicht auslöst, entscheidet sich erst dann, wenn vorher das Vorliegen eines Befehls bejaht

---

86) Ebenso SCHWAIGER, Dissertation, S.119.

worden ist (87). Andererseits steht auch fest, daß die Anweisung, die kein Befehl ist - also ein Nicht-Befehl - , erst recht keine Gehorsamspflicht erzeugen kann. Weiter wissen wir, daß für einen Befehl nicht begriffswesentlich ist, daß er zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist(88). Dies ergibt sich daraus, daß der nichtdienstliche Zweck ausdrücklich als Unverbindlichkeitsgrund genannt wird. Die Frage nach der Verbindlichkeit setzt aber das Vorliegen eines Befehls voraus.

Der Begriff des Befehls ist demnach sehr formal gehalten (89). Deshalb könnte man meinen, daß die Anwendung dieses Begriffs keine sonderlichen Schwierigkeiten bereitet. Die Definition des Befehls in § 2 Nr.2 WStG hat jedoch eine "schwache" Stelle. Zum Befehl gehört, daß er von einem militärischen Vorgesetzten erteilt worden ist. Demgemäß muß sich auch der Vorsatz bei den Ungehorsamsdelikten darauf beziehen. Glaubt z.B. der Untergebene, ein Zivilist wolle sich mit ihm einen Scherz erlauben, dann läge ein Tatbestandsirrtum vor, der zum Vorsatzausschluß führt (90). Aber welche Vorstellungen muß der Soldat nun positiv haben, wenn er an eine Anweisung durch einen militärischen Vorgesetzten glaubt (91) ? Diese Frage läßt sich

---

87) Die Terminologie von RITTAU ist verwirrend. Er bezeichnet Befehle zu nichtdienstlichen Zwecken als "Scheinbefehle" (vgl.Vorbem.vor § 19 Anm.2 II). Die nichtdienstliche Anweisung eines Vorgesetzten ist jedoch ein Befehl (so richtig OLG Frankfurt NJW 1961,39ff.; die Bedenken, die RITTAU in der Urteilsanmerkung anmeldet, sind unbegründet).Scheinbefehl oder Nicht-Befehl kann nur eine derartige Anweisung sein, wenn die Voraussetzungen des § 2 Nr.2 WStG nicht vorliegen, also insbesondere dann, wenn kein militärisches Vorgesetztenverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenen besteht. Vgl. dazu auch SCHWENCK ZStW 83(1971),468 (478f.); sehr klar auch BayObLG NZWehrR 1960,136.

88) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.76, DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6 und KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 2 Anm.2 vor a).Die beiden letzteren fügen noch hinzu, unerheblich sei auch, ob er sich im Rahmen der Befehlsbefugnis hält. Das wird jedoch gerade auch von KOHLHAAS selbst bestritten.

89) Über die Gründe hierfür vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6 und ARNDT NZWehrR 1960,145. Zust. SCHWENCK ZStW 83(1971),468(478). Unberechtigte Kritik bei RITTAU, WStG, Vorbem. 1 vor § 19.

90) Ebenso ARNDT, Grundriß, S.101.

91) Übrigens zeigt sich hier ganz deutlich, daß es untaugli-

nicht beantworten, ehe nicht geklärt ist, was nun unter einem militärischen Vorgesetzten zu verstehen ist.

c) Für diese Frage enthält die Befehlsdefinition in § 2 Nr.2 WStG einen Hinweis. Sie verweist nämlich auf eine andere gesetzliche Bestimmung, den § 1 Abs.4 des Soldatengesetzes. Dort wird derjenige als Vorgesetzter bezeichnet,der "befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen". Hier scheint eine Art von Teufelskreis zu beginnen. Wir fragen nach der Definition des Befehls und stellen fest, daß es sich dabei um die Anweisung eines militärischen Vorgesetzten mit dem Anspruch auf Gehorsam handelt. Vorgesetzter soll nun aber sein, wer solche Anweisungen,die man Befehle nennt, erteilen darf. Dennoch hilft diese Verweisung weiter. Derjenige, der befugt ist, Befehle zu erteilen, ist Vorgesetzter (92). Er "befiehlt", wenn er einem Untergebenen eine Anweisung mit dem Anspruch auf Gehorsam gibt. Stellt sich der Täter demnach vor, daß der Anweisende befugt ist, von ihm grundsätzlich Gehorsam zu verlangen, dann hat er das Tatbestandsmerkmal "Befehl" in seiner Bedeutung erkannt; Vorsatz ist gegeben. Verneint er dennoch eine Gehorsamspflicht, dann kann es sich allenfalls um einen Verbotsirrtum handeln. Was ist jedoch, wenn er die "Befugnis" im speziellen Fall verneint? Hier kommt es nun darauf an, was unter "Befehlsbefugnis" verstanden werden soll.

Vorher soll jedoch kurz darauf eingegangen werden, unter welchen Voraussetzungen ein Vorgesetztenverhältnis besteht. Aufschluß darüber gibt die sog. Vorgesetztenverordnung (93). Die ganze Regelung ist deshalb etwas kom-

---

cher Versuch und kein Wahndelikt ist, wenn der Soldat zwar eine entsprechende Vorstellung hat und den "Befehl" dennoch nicht befolgt, obwohl der Anweisende gar kein Vorgesetzter gewesen ist; vgl. hierzu auch DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.10 und § 22 Rdnr.6.

92) Militärische Vorgesetzteneigenschaft ist deshalb gleichbedeutend mit Befehlsbefugnis, vgl. RITTAU, SG, S.65, STRATENWERTH, Gehorsam, S.155 und HIRSCHMANN S.6. In dieser Allgemeinheit ist dieser Satz richtig. Zweifelhaft bleibt, ob "Befehlsbefugnis" abstrakt oder konkret verstanden werden soll.

93) Zu den einzelnen Vorgesetztenverhältnissen soll nur kurz

pliziert, weil es ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis auf Grund des höheren Dienstgrades nicht mehr gibt (94). Es werden vier Vorgesetztenverhältnisse unterschieden, und zwar Vorgesetzter auf Grund der Dienststellung (§§ 1 bis 3 VorgVO), des Dienstgrades (§ 4 VorgVO), besonderer Anordnung (§ 5 VorgVO) und eigener Erklärung (§ 6 VorgVO). Wichtig ist, daß die meisten Vorgesetztenverhältnisse sachlichen, zeitlichen oder auch örtlichen Beschränkungen unterworfen sind (95). Deshalb stellt sich die Frage, ob eventuell die Vorgesetzteneigenschaft und damit das Vorliegen eines Befehls iSd § 2 Nr.2 WStG nur dann bejaht werden kann, wenn sich die Anweisung im Rahmen dieser Befehlsbefugnis hält. Diese Frage wird nicht einheitlich beantwortet. Hierin liegt dann auch der Grund, weshalb die einen einen Tatbestandsirrtum bejahen, wo die anderen lediglich einen Verbotsirrtum annehmen. Deshalb müssen wir uns nunmehr dem Begriff der Befehlsbefugnis zuwenden.

d) Um welche Problematik es sich hier handelt, soll zunächst an einem kurzen Beispielsfall erläutert werden (96): Eine Feldjägerstreife verlangt von einem Soldaten die Aushändigung des Truppenausweises. Der Soldat weiß zwar, daß er den Ausweis den Feldjägern vorzeigen muß, glaubt aber, daß diese nicht berechtigt seien, die A u s h ä n d i g u n g zu verlangen. Deshalb weigert er sich.

Die Feldjäger sind Vorgesetzte mit besonderem Aufgabenbereich gem. § 3 VorgVO. Sie haben die Befugnis, Soldaten Befehle zu erteilen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind. Daraus leitet sich die Befugnis ab, die Aus-

---

Stellung genommen werden. Einzelheiten vgl. bei SCHERER, SG, S.210ff., RITTAU, SG, S.65ff., HIRSCHMANN S.5ff., SCHWAIGER, Dissertation, S.34ff. und S.104ff.; sehr gut auch ARNDT, Grundriß, S.166ff.

94) Über die frühere Rechtslage unterrichtet ausführlich ARNDT, Grundriß, S.167f.

95) Die gleiche Feststellung trifft v.RICHTHOFEN § 2 Anm.2b.

96) In Anlehnung an BDH NZWehrR 1960,125; vgl. auch OLG Celle NZWehrR 1963,127(128/29), wo aber nicht recht klar wird, ob es sich um einen Tatbestandsirrtum oder einen Verbotsirrtum handeln würde.

händigung des Truppenausweises zu befehlen (97). Der Befehl im obigen Beispiel war somit rechtlich zulässig. Der Soldat befand sich demnach in einem Irrtum über die Befugnisse der Feldjäger. Ob deshalb nun ein Tatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum zu bejahen ist, hängt davon ab, wie die Rechtslage gewesen wäre, wenn die Feldjäger ihre Befugnisse tatsächlich überschritten gehabt hätten.

Entscheidend hierfür ist, wie eine derartige Anweisung dann rechtlich zu qualifizieren gewesen wäre. Zwei Möglichkeiten sind denkbar. Einmal könnte man sagen, daß diese Anweisung kein militärischer Befehl mehr ist, weil sie sich nicht innerhalb der Befehlsbefugnis hält. Zum anderen wäre es auch möglich, daß es sich dabei um einen Befehl handelt, der jedoch unverbindlich ist, weil der Vorgesetzte hierzu nicht befugt gewesen ist. Beide Meinungen werden vertreten (98). Hält man die erstere Auffassung für richtig, dann läge im obigen Beispiel ein Tatbestandsirrtum vor, weil der Untergebene dann quasi von einem Nicht-Befehl ausgegangen ist. Er hätte das Vorliegen eines B e f e h l s verkannt, vorsätzliches Handeln müßte verneint werden. Nach der anderen Auffassung könnte es sich dagegen nur um einen Verbotsirrtum handeln. Daß der Täter das Vorliegen eines Befehls eventuell dennoch verneint hätte, wäre ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum.

Wie die soeben aufgeworfene Frage entschieden werden soll, ist äußerst umstritten. Zwar wird dabei zumeist die Problematik nicht in voller Schärfe gesehen. Im obigen Beispiel wird häufig ein Tatbestandsirrtum mit der Begründung bejaht, der Soldat habe sich über die Vorgesetzteneigenschaft geirrt (99). Dabei wird nicht ausdrücklich zu der letztlich entscheidenden Frage Stellung genommen, ob es sich noch um einen Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG handelt,

---

97) Vgl. BDH NZWehrR 1963,127(128/29).

98) Einen kurzen Überblick gibt HIRSCHMANN S.63f.

99) Vgl. z.B. ARNDT, Grundriß, S.194, KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, Anm.2b und SCHÄFER in DALCKE Anm.2c zu § 2.

wenn der Vorgesetzte seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschreitet. Wer jedoch hier einen Tatbestandsirrtum annimmt, muß dies verneinen (100). Zwar ist es richtig, daß der Untergebene die entsprechende Vorstellung haben muß, daß die Anweisung ein militärischer Vorgesetzter erteilt, aber lediglich im Rahmen des allgemeinen Befehlsbegriffs. Letztlich geht es nämlich darum, zu klären, ob der Untergebene das Vorliegen eines B e f e h l s verkannt hat oder nicht. Und unter diesem Gesichtspunkt ist entscheidend, ob es sich noch um einen "Befehl" handelt, wenn der Vorgesetzte seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschreitet.

Die Frage, ob es sich noch um einen Befehl handelt, wenn im konkreten Fall der betreffende Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis überschreitet, läßt sich nicht mehr an Hand der Befehlsdefinition des § 2 Nr.2 WStG entscheiden. Danach ist zwar erforderlich, daß der Anweisende befugt ist, Befehle zu erteilen (vgl. § 1 Abs.4 Satz 1 SG), aber offen gelassen wurde, wann nun genau die Befehlsbefugnis bejaht werden soll. Soll darüber abstrakt oder konkret entschieden werden? Mit anderen Worten lautet die entscheidende Frage: Genügt es für die Vorgesetzteneigenschaft, daß der Betreffende grundsätzlich befehlen darf, oder ist vielmehr davon auszugehen, daß der Betreffende nur dann und nur insoweit Vorgesetzter ist, wie seine Befehlsbefugnis tatsächlich reicht?

Die amtliche Begründung zum WStG (101) steht auf dem Standpunkt, daß die Befehlsbefugnis zwar u.U. auf bestimmte Aufgaben beschränkt sei, die Vorgesetzteneigenschaft hierdurch jedoch nicht eingeschränkt werde. Deshalb sei es gleichgültig, ob sich die Weisung im Rahmen der Befehlsbefugnis hält oder darüber hinausgeht, stets handele es sich um einen Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG. LACKNER hat dies so ausgedrückt: "Denn Vorgesetzter ist nach § 1 Abs.4 Satz 1 SG derjenige, der befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen, er ist es nicht etwa nur, i n s o w e i t er be-

100) Gleicher Auffassung ist HIRSCHMANN S.63 in Anm.3.
101) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.15.

fugt ist, Befehle zu erteilen"(102). Anderer Ansicht sind dagegen z.B. ARNDT, KOHLHAAS und SCHÄFER (103). Eine Entscheidung dieser Streitfrage dürfte außerordentlich schwierig sein. Eine Lösung wird nur dann befriedigend sein, wenn sie erkennbare Wertungsgesichtspunkte des Gesetzgebers nicht unberücksichtigt läßt und nach Möglichkeit nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen führt.

Auf den ersten Blick hin scheint es so zu sein, als ob Vorgesetzteneigenschaft und die konkrete Befehlsbefugnis nicht identisch sind und deshalb strikt zu unterscheiden sind. Demnach gilt es zu trennen zwischen dem "rechtlichen Dürfen" und dem "tatsächlichen Können". Die tatsächliche Befehlsgewalt wäre dann weitreichender und umfassender als die rechtliche Befehlsbefugnis. Müßte dies als richtig anerkannt werden, dann wären die Anweisungen der Vorgesetzten gem. §§ 2, 3, 5 und 6 VorgVO selbst dann noch als Befehle iSd § 2 Nr.2 WStG anzusehen, wenn die Grenzen der sachlich beschränkten Befehlsbefugnis überschritten werden. Gestritten werden könnte dann allenfalls noch darüber, unter welchen Umständen diese Befehle unverbindlich wären (104). Überhaupt beweist die letztere Tatsache, daß die Möglichkeit unverbindlicher Befehle grundsätzlich anerkannt wird, daß offenbar zwischen dem tatsächlichen Können und dem rechtlichen Dürfen und somit zwischen Vorgesetzteneigenschaft und konkreter Befehlsbefugnis doch unterschieden werden muß. Nach § 10 Abs.4 SG darf der Vorgesetzte Befehle nur zu dienstlichen

---

102) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.10 (S.39). Gleicher Auffassung sind HIRSCHMANN S.202, v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(88), v.RICHTHOFEN § 2 Anm. 2 b bb, SCHERER, SG, § 2 und 3 VorgVO jeweils Anm. II 2 bzw. III (S.214f.), STRATENWERTH, Gehorsam, S.155. Vgl. auch JESCHECK, Bw und Recht, S.78 und RITTAU, SG, S.113f. Auch BDH NZWehrR 1960, 126 hält den Irrtum über die sachliche Befehlsbefugnis für einen Verbotsirrtum. Sehr eigenwillig will SCHWAIGER, Dissertation, S.118ff. differenzieren; sein Fehler liegt darin, daß er den Begriff des Fachvorgesetzten verkennt, vgl. sogleich im Text.

103) Vgl. ARNDT, Grundriß, S.194 und GA 1957,46(52), KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, Anm.2b und SCHÄFER in DALCKE Anm.2c zu § 2. Dieser Ansicht ist auch SCHREIBER, Befehlsbefugnis, S.21 und KRIEGER S.118 in Anm.85.

104) Zu dieser Kontroverse vgl. HIRSCHMANN S.64ff.

Zwecken und nur unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften erteilen". Selbst wenn er hiergegen verstößt, behalten seine Weisungen ihren Befehlscharakter. Hierin dürfte eine starke Stütze für die Auffassung liegen, daß Anweisungen auch bei Überschreiten der sachlichen Befehlsbefugnis Befehle iSd § 2 Nr.2 WStG bleiben.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß auch die Gegenmeinung gewichtige Argumente anführen kann. In § 1 Abs.4 SG wird gesagt, daß derjenige Vorgesetzter ist, der befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen, und gleichzeitig wird darauf hingewiesen, daß das Nähere durch eine Rechtsverordnung geregelt werden soll. § 1 Abs.4 SG müßte dann als eine Art Kurzzusammenfassung aufgefaßt werden, die letztlich nicht so wichtig ist. Das eigentlich Entscheidende stände dann in der VorgVO selbst, auf die § 2 Nr.2 WStG über § 1 Abs.4 SG verweisen würde. Sieht man das Ganze unter diesem Blickwinkel, dann liegt es nahe, nur denjenigen als Vorgesetzten zu bezeichnen, der konkret befugt ist, diesen Befehl zu erteilen, d.h. wenn die in der VorgVO genannten Voraussetzungen auch tatsächlich gegeben sind. In diesem Zusammenhang liest man häufig folgenden Satz: "Militärische Vorgesetzteneigenschaft ist daher gleichbedeutend mit Befehlsbefugnis"(105). Wird damit nicht nur die abstrakte Befugnis gemeint, überhaupt Befehle erteilen zu dürfen, sondern die konkrete Befugnis, dann erfolgt hier offenbar eine Gleichsetzung. Dann liegt es nahe, den Befehlscharakter zu verneinen, wenn sich die Anweisung nicht im Rahmen der Befehlsbefugnis hält. ARNDT fügt hinzu, daß nur diese Lösung der "besonderen Einstellung des Täters entspreche"(106). Aber gleichzeitig muß darauf hingewiesen werden, daß damit die unbestreitbaren Vorteile des formellen Befehlsbegriffs in § 2 Nr.2 WStG in starkem Maße wieder aufgegeben werden (107). Wenn das Vorliegen eines Befehls nur

105) So z.B. bei HIRSCHMANN S.6 und RITTAU, SG, S.65.

106) ARNDT, Grundriß, S.194.

107) Ebenso SCHWAIGER, Dissertation, S.107 in Anm.38.

dann bejaht werden kann, wenn tatsächlich die zeitlichen und sachlichen Beschränkungen der Befehlsbefugnis eingehalten werden und alle anderen Anweisungen dann Nicht-Befehle sind, so widerspricht dies im Grunde dem formellen Befehlsbegriff.

Überhaupt scheint es so zu sein, als ob beide Auffassungen zu Widersprüchen führen. Die zweite Auffassung steht im Widerspruch zu der Tatsache, daß es unverbindliche Befehle gibt, wo der Befehlscharakter der Anweisung von niemanden bestritten wird. Für den Befehlsbegriff ist es unerheblich, ob die Anweisung verbindlich ist oder nicht. Diese Lösung hat der Gesetzgeber gerade deshalb angestrebt, um die Anwendung des § 59 StGB nach Möglichkeit auszuscheiden. Dann muß die Befehlsgewalt aber auch umfassender sein als die eigentliche Befehlsbefugnis. Auch wäre es nicht einzusehen, zwar die Anweisung, einen Mord zu begehen, als Befehl zu bezeichnen, den Befehlscharakter aber von vornherein zu verneinen, wenn die Grenzen der sachlich beschränkten Befehlsbefugnis überschritten werden.

Andererseits stellt es für die erste Auffassung eine widersprüchliche Konsequenz dar, daß bei einem Vorgesetztenverhältnis, welches nur im Dienst besteht, nach absolut h.M. der Irrtum des Täters darüber, er befinde sich nicht im Dienst, Tatbestandsirrtum sein soll (108). Das gleiche soll z.B. bei einem Vorgesetztenverhältnis gem. § 4 Abs.3 VorgVO gelten, wenn der Soldat irrtümlich meint, er befinde sich nicht innerhalb einer umschlossenen militärischen Anlage (109). Auf den ersten Blick scheint es so zu sein, als ob hier die längst überwunden geglaubte Unterscheidung zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum neue Triumphe feiert. Denn eigentlich ist nicht einzusehen, in dem einen Fall einen Tatbestandsirrtum zu bejahen und in dem anderen Fall lediglich einen Verbotsirrtum anzunehmen. In beiden Fällen wird gleichermaßen über die bestehende Befehlsbefugnis und somit über die Vorgesetztenei-

---

108) Dazu sehr klar v.RICHTHOFEN § 2 Anm. 2 b aa.
109) Ausführlich dazu SCHWAIGER, Dissertation, S.117.

genschaft geirrt. Dieses Ergebnis wäre nur dann annehmbar, wenn man tatsächlich zu der Auffassung gelangen müßte, daß es sich zwar um einen Befehl handelt, wenn die sachliche Befehlsbefugnis überschritten wird, der Befehlscharakter aber berechtigterweise verneint werden kann, wenn die zeitlichen Grenzen der Befehlsbefugnis nicht beachtet werden.

Sicherlich dürfte es der Gesetzessystematik und dem objektiven Willen des Gesetzgebers eher entsprechen, wenn davon ausgegangen wird, daß die einmal begründete Vorgesetzteneigenschaft erhalten bleibt, wenn der Vorgesetzte im konkreten Fall seine Befehlsbefugnis überschreitet, so daß folgerichtig diese Anweisungen trotz Mißbrauchs der Befehlsbefugnis als Befehle iSd § 2 Nr.2 WStG angesehen werden müssen. Nur dies entspricht dem angestrebten formellen Befehlsbegriff (110). Fraglich bleibt indes, ob dies nur für sachlich begrenzte Vorgesetztenverhältnisse gilt, oder ob entgegen der h.M. dies auch für zeitlich und örtlich beschränkte Vorgesetztenverhältnisse angenommen werden muß. Logisch zutreffender scheint zunächst zu sein, hier von einem Entweder-Oder auszugehen, und Ausnahmen nicht zuzulassen. Entweder die abstrakt bestehende Befehlsbefugnis genügt, um den Befehlscharakter der Anweisung zu begründen, dann muß dies für sämtliche Vorgesetztenverhältnisse gelten, oder eben nicht. Die entscheidende und abschließende Frage lautet somit, ob die Einschränkungen der h.M. gerechtfertigt sind.

Relativ einfach dürfte diese Frage für örtlich umgrenzte Befehlsbefugnisse zu entscheiden sein. Nach § 4 Abs.3 VorgVO können Soldaten einer höheren Dienstgradgruppe den Soldaten einer niedrigeren Dienstgradgruppe innerhalb umschlossener militärischer Anlagen in und außer Dienst Befehle erteilen (111). Eine Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Befehlsbefugnis ist hier nicht möglich. Dieses Vorgesetztenverhältnis besteht überhaupt nur innerhalb des militärischen Bereichs. Die Anweisung eines

110) Übereinstimmend SCHWAIGER, Dissertation, S.107 in Anm.38.

111) Zu diesem Vorgesetztenverhältnis vgl. SCHWAIGER NZWehrR 1961,11(15ff.).

Dienstgradhöheren kann außerhalb einer umschlossenen militärischen Anlage niemals ein Befehl sein, wenn kein anderes Vorgesetztenverhältnis besteht. Anderenfalls liefe dies auch der gesetzlichen Entscheidung zuwider, daß es ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis auf Grund des Dienstgrades nicht geben soll (vgl. § 1 Abs.4 Satz 3 SG). Die Anweisung eines Dienstgradhöheren hat somit - falls kein anderes Vorgesetztenverhältnis in Betracht kommt - nur dann Befehlscharakter, wenn die Voraussetzungen gem. § 4 VorgVO auch tatsächlich vorliegen. Irrt sich der Untergebene hierüber, muß dieser Irrtum demgemäß als Tatbestandsirrtum behandelt werden, weil es sich nach seiner Vorstellung um einen Nicht-Befehl handelt.

Schwieriger dagegen ist die Entscheidung bei zeitlich begrenzter Befehlsbefugnis. Bis auf wenige Ausnahmen besteht ein Vorgesetztenverhältnis nur dann, wenn sich der Untergebene im Dienst befindet. Zunächst erscheint es nicht recht einsehbar, weshalb z.B. die Anweisung eines Fachvorgesetzten gem. § 2 VorgVO im einen Fall ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG sein soll und im anderen Fall nicht. Das Fachvorgesetztenverhältnis besteht eindeutig nur im Dienst. Es handelt sich um eine zeitlich und sachlich beschränkte Befehlsbefugnis. Die Anweisung zu nicht fachdienstlichen Zwecken außerhalb des Dienstes kann nach h.M. nicht als Befehl qualifiziert werden, dagegen wäre die Anweisung zu nicht fachdienstlichen Zwecken innerhalb des Dienstes ein - eventuell unverbindlicher - Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG. Das scheint zunächst widersprüchlich zu sein.

Dennoch läßt sich hierfür eine überzeugende Erklärung finden. Anknüpfen können wir dabei an das oben bei den örtlich begrenzten Vorgesetztenverhältnissen Gesagte. Hier waren die Voraussetzungen des § 4 VorgVO für das Vorgesetztenverhältnis konstitutiv. Etwas Ähnliches gilt für das Merkmal "im Dienst". In der Regel gibt es Vorgesetzte und Untergebene nur im Dienst (112). Außerhalb des Dienstes darf dem Soldaten nichts befohlen werden. Mit weni-

12) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.10 (S.38).

gen Ausnahmen unterliegt der Soldat nur innerhalb des Dienstes der spezifischen militärischen Gehorsamspflicht, außerhalb des Dienstes soll es ihm grundsätzlich freistehen, was er mit seiner Freizeit anfangen will. Hier soll er sein eigener Herr sein. Dies folgt aus dem neuen Selbstverständnis des Soldaten im deutschen Wehrrecht. Diese Auffassung hat auch im Wehrstrafrecht selbst einen Niederschlag gefunden. Die §§ 29 und 36 WStG - wonach gewisse Taten gegen die Pflichten der Untergebenen und gegen die der Vorgesetzten auch gegenüber und von Dienstgradhöheren begangen werden können - lassen sich nur dadurch erklären, daß es in der Regel Vorgesetztenverhältnisse nur im Dienst gibt (113). Wenn dies jedoch so ist, dann können Anweisungen außerhalb des Dienstes - sofern keine Ausnahme vorliegt - grundsätzlich keine Befehle iSd § 2 Nr.2 WStG sein. Nimmt der Untergebene demnach irrtümlich an, er befinde sich nicht im Dienst, so glaubt er nicht an das Vorliegen eines Befehls, denn wenn seine Annahme richtig gewesen wäre, dann hätte es sich nicht um einen Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG gehandelt. Er befindet sich im vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum.

Wenn das soeben Gesagte richtig ist, dann stellt sich die abschließende Frage, warum dies nicht auch für sachlich begrenzte Befehlsbefugnisse gelten soll. Einmal hätte dies zur Folge, daß dann ein Soldat einem bestimmten anderen Soldaten gegenüber in einer bestimmten Situation gleichzeitig Vorgesetzter und Nicht-Vorgesetzter wäre, je nachdem, ob die Anweisung fachdienstlichen Zwecken (§ 2 VorgVO) oder zur Erfüllung der Aufgaben notwendig ist (§§ 3, 5, 6 VorgVO) (114). Außerdem dürften die denkbaren Einzelfälle anders zu beurteilen sein. Befindet sich der Soldat außerhalb des Dienstes oder außerhalb militärischer Anlagen, dann wird er sich sagen, daß bis auf wenige Ausnahmen ihm jetzt niemand etwas befehlen dürfe. Im dienstfreien Raum gibt es grundsätzlich kein Vorgesetztenverhältnis. Völlig anders dürfte es dagegen

113) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.10 (S.39).

114) Darauf weist zu Recht v.RICHTHOFEN § 2 Anm. 2 b bb hin.

bei sachlich begrenzten Vorgesetztenverhältnissen sein. Hier weiß er, daß der andere Soldat grundsätzlich befugt ist, ihm in dieser Situation Befehle zu erteilen. Überschreitet der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis, so sind seine Anweisungen u.U. unverbindlich, bleiben aber Befehle iSd § 2 Nr.2 WStG. Der Irrtum über die Unverbindlichkeit ist jedoch eindeutig Verbotsirrtum. Die Unterscheidung der h.M. erscheint daher gerechtfertigt zu sein (115).

Demgegenüber hat SCHWAIGER speziell für den Fachvorgesetzten eine noch diffizilere Unterscheidung vorgenommen (116). Dabei geht er erkennbar von einer falschen Vorstellung aus, wann ein Fachvorgesetztenverhältnis besteht und welche Bedeutung ihm zukommt (117). Die Ausführungen von SCHWAIGER entsprechen daher nicht den tatsäch-

---

115) Wenn man einmal vom Ergebnis her argumentiert, dürfte diese Auffassung bestätigt werden. Glaubt der Täter sich nicht im Dienst zu befinden, dann geht er von der grundsätzlich richtigen Auffassung aus, daß Anweisungen während der Freizeit keine Befehle sein können, allenfalls Ratschläge oder Wünsche. Die "Appellfunktion" des Tatbestandes (vgl.dazu JESCHECK, Lehrbuch, § 31 I 2 (S.217) und BACKMANN JuS 1972,651), nämlich die Konsequenzen des Verhaltens zu überdenken, erscheint hier entbehrlich. Deshalb dürfte es richtig sein, bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Ungehorsams zu verneinen, wenn der Soldat sich außer Dienst befindet. Dies ist jedoch nur möglich, wenn dies beim Befehlsbegriff berücksichtigt wird.

116) Vgl. SCHWAIGER, Dissertation, S.118ff.

117) Ganz klar zu erkennen auf S.108. Aber auch auf S.35, wo fälschlicherweise als Beispiele für Fachvorgesetze der Leiter eines technischen Lehrgangs oder der Ausbilder an Spezialgeräten genannt wird. Auch der sog. technische Offizier ist kein Fachvorgesetzter iSd § 2 VorgVO. Daß hier häufig Mißverständnisse vorkommen, betont auch v.MITZLAFF Wehrkunde 1959,606(609). Die fachdienstliche Unterstellung führt zu einer Doppelunterstellung. Es gibt somit zwei unabhängige Befehlswege (vgl.auch RITTAU, SG, S.68). Neben dem unmittelbaren Vorgesetzten gem. § 1 VorgVO hat der Fachvorgesetzte gleichzeitig die Befehlsbefugnis auf dem bestimmten Fachgebiet (beachte deshalb § 1 Abs.2 und § 6 Abs.3 Satz 2 VorgVO). So ist z.B. der Bataillonskommandeur Vorgesetzter des Bataillonsarztes, aber auch der Divisionsarzt als Fachvorgesetzter. Fachdienstliche Unterstellungen sind seltene Ausnahmen. Es gibt zur Zeit nur drei: Sanitätsdienst, militärgeographischer Dienst und Militärmusikdienst. Weitere Einzelheiten finden sich bei HAHNENFELD, SG, S.44 und v.MITZLAFF a.a.O.

lichen Gegebenheiten und sind deshalb abzulehnen (118).

e) Abschließend können die Ergebnisse der bisherigen Erörterungen wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Der Vorsatz bei den Ungehorsamsdelikten muß sich darauf erstrecken, daß ein Befehl nicht befolgt wird. Führt die irrtümliche Annahme beim Untergebenen dazu, daß er das Vorliegen eines Befehls verkennt, handelt es sich um einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum. Dies ist der Fall, wenn die Merkmale des Befehls nicht erfüllt wären, falls die irrige Vorstellung zutreffend wäre.

2. Der formale Befehlsbegriff in § 2 Nr.2 WStG führt dazu, daß an den Vorsatz des Täters geringe Anforderungen gestellt werden. Nur diese Merkmale muß der Soldat kennen und in ihrer Bedeutung erkannt haben. So gehört die Verbindlichkeit und der dienstliche Zweck nicht zum Begriff des Befehls. Der Irrtum hierüber ist eindeutig Verbotsirrtum. Bei zeitlich und örtlich beschränkten Vorgesetztenverhältnissen müssen die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, damit der Befehlscharakter der Anweisung bejaht werden kann. Ein Irrtum hierüber wäre Tatbestandsirrtum. Der Irrtum, der Vorgesetzte habe seine sachlich begrenzte Befehlsbefugnis überschritten, ist dagegen Verbotsirrtum, da selbst wenn dies zuträfe, die Weisung nach der hier vertretenen Auffassung noch ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG ist.

5) Die bisherigen Ergebnisse stellen die Grundlage für die nachfolgende Untersuchung dar, in welchen Fällen im Bereich der Insubordinationsdelikte (§§ 19-21 WStG) ein

---

118) Die Parallele, die SCHWAIGER ziehen will, ist folgende: Das Gegensatzpaar Dienst/Freizeit soll entsprechen Fachdienst/normaler Dienst. Der Leiter eines fachbezogenen Dienstes - wie z.B. der Sanitätsunterricht - ist jedoch nicht Fachvorgesetzter gem. § 2 VorgVO, sondern zumeist Vorgesetzter auf Grund besonderer Anordnung gem. § 5 VorgVO (Dienstplan = Befehl !). Bei dem Fachvorgesetztenverhältnis handelt es sich um ein spezielles Unterstellungsverhältnis, so daß sich der Unterstellte stets im "Fachdienst" befindet. Vgl. auch die Anm.117.

Tatbestandsirrtum überhaupt denkbar ist und gegebenenfalls bejaht werden kann. Dabei soll so vorgegangen werden, daß jeweils nach einzelnen Tatbestandsmerkmalen untergliedert wird.

a) Die meisten Irrtumsfälle werden wohl das Tatbestandsmerkmal "Befehl" betreffen. Deshalb soll hier nochmals unterteilt werden, und zwar in Irrtumsfälle in Bezug auf eine "Anweisung mit Anspruch auf Gehorsam" und in Bezug auf "militärischer Vorgesetzter".

(1) Zunächst muß der Untergebene erkannt haben, daß es sich überhaupt um eine "Anweisung" handelt. Das setzt voraus, daß er erkennt, daß sie an ihn gerichtet ist (119), daß er eine bestimmte Anweisung überhaupt zur Kenntnis nimmt, was eventuell bei konkludenter Befehlserteilung nicht der Fall sein kann (120). Daß hier der Vorsatz ausgeschlossen ist, ergibt sich bald von selbst. Das gleiche gilt, wenn der Soldat irrtümlich glaubt, der erteilte Befehl sei zurückgenommen oder aufgehoben (121). Ein eindeutiger Tatbestandsirrtum liegt auch dann vor, wenn der Untergebene den Gehorsamsanspruch nicht erkennt, sei es, daß er an eine Scherz-Anweisung, einen Ratschlag oder an einen Wunsch glaubt (122). Verneint er lediglich die Gehorsamspflicht, dann handelt es sich um einen Verbotsirrtum (123). Verkennt der Untergebene den Befehlscharakter

---

119) Vgl. SCHIERHOLT S.84 in Anm.3. ARNDT (NZWehrR 1960,145) nennt weitere Beispielsfälle. Erforderlich ist auch, daß er eine "Anweisung" annimmt, instruktiv OLG Celle NZWehrR 1963,127.

120) Vgl. RMG 6,18(23), HIRSCHMANN S.175, RITTAU, WStG, § 2 Anm.2a (S.7), DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.11.

121) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.35.

122) Ganz h.M.; vgl. z.B. Amtl.Begr.WStG S.15, ARNDT, Grundriß, S.174, DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.6, HIRSCHMANN S.174, v.RICHTHOFEN § 2 Anm.2c, SCHIRMER S.92, SCHIERHOLT S.84 in Anm.3, SCHWAIGER, Dissertation, S.117. A.A. offenbar RITTAU, WStG, § 2 Anm.2a (S.7), denn wie soll sonst folgender Satz zu verstehen sein: "Irrt er sich über den Befehlscharakter einer ihm von einem Vorgesetzten erteilten Weisung und hält er sie infolgedessen für unverbindlich, so greift § 22 (3) Platz".

123) In den meisten Fällen dürfte hier irrtümlich ein Unverbindlichkeitsgrund angenommen werden. Daß andere Fälle denkbar sind, vgl. ARNDT, Grundriß, S.193f. und GA 1957,46(48).

z.B. von Kommandos im Formaldienst oder von Anordnungen in Dienstvorschriften - die alle Befehle sind bzw. sein können (124) - , so handelt er im Verbotsirrtum.

Schwieriger ist der Fall des betrunkenen Vorgesetzten zu beurteilen (125). Der Befehl stellt eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung dar, so daß der Vorgesetzte in der Lage gewesen sein muß, einen rechtlich relevanten Willen zu bilden. Dies wird nur dann nicht der Fall sein, wenn der Vorgesetzte sinnlos betrunken ist, anderenfalls handelt es sich um einen Befehl, der sogar verbindlich ist, falls kein anderer Unverbindlichkeitsgrund eingreift(126). Ein glaubhafter Tatbestandsirrtum läßt sich hier schwerlich denken, denn wenn so starke Anzeichen für eine sinnlose Betrunkenheit sprechen, dann wird es der Vorgesetzte auch sein. Glaubt der Untergebene, der Befehl sei bereits wegen des Alkoholgenusses unverbindlich, dann liegt lediglich ein Verbotsirrtum vor, der unter die Regelung in § 22 Abs.3 WStG fällt (127).

(2) Weiterhin muß der Untergebene wissen, daß der Anweisende ein militärischer Vorgesetzter ist. Hier werden manche Irrtumsfälle ihre Ursache haben.

Glaubt der Angewiesene, es handele sich um den Scherz eines Zivilisten oder eines Mannschaftsdienstgrades, der sich selbst "befördert" hat, dann handelt er ohne Vorsatz, wenn er die Anweisung nicht befolgt (128).

Ebenso handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum, wenn der Soldat glaubt, der Anweisende sei nicht sein Vorgesetzter, sondern ein fremder Offizier (129). Dagegen

---

124) Zu Kommandos vgl. OLG Frankfurt NJW 1961,39(40) und LG Bremen NZWehrR 1959,72 mit zust. Anm. von ARNOLD; zu Dienstvorschriften vgl. nur SCHREIBER Wehrkunde 1956, 152ff. und BGH NZWehrR 1962,176,ebenso HIRSCHMANN S.16.

125) Vgl. oben S.179 Beispiel 2 .

126) Zum Ganzen vgl. SCHREIBER NZWehrR 1959,29ff., SCHWAIGER, Dissertation, S.36f., HIRSCHMANN S.207.

127) Ebenso HIRSCHMANN S.207.

128) Vgl. z.B. ARNDT, Grundriß, S.101 und HIRSCHMANN S.174. Ebenso v.MITZLAFF Wehrw.Rdsch. 1957,84(87).

129) ARNDT,Grundriß,S.194,DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.10, HIRSCHMANN S.175,SCHIRMER S.32,SCHWAIGER,Dissertation,S.116.

liegt ein Verbotsirrtum vor, wenn der Untergebene annimmt, sein Vorgesetzter verliere die Vorgesetzteneigenschaft, wenn er schwerwiegende Verbrechen befiehlt (130).

Das Problem "Vorgesetzteneigenschaft und Befehlsbefugnis" wurde bereits oben ausführlich behandelt (131). Nur noch einige Bemerkungen sind nachzutragen. Der Irrtum des Soldaten, der unmittelbare Vorgesetzte gem. § 1 VorgVO habe keine Befehlsbefugnis außer Dienst, ist unbeachtlicher Subsumtionsirrtum bezüglich des Merkmals "Vorgesetzter", der allenfalls Verbotsirrtum sein kann (132). Bei überschneidenden Vorgesetztenverhältnissen (133) und daraus resultierenden Irrtumsfällen, dürfte es sich stets um Verbotsirrtümer handeln, da lediglich über die konkrete Befehlsbefugnis des anderen geirrt wird.

Schwieriger könnten einige Irrtumsfälle zu lösen sein, die bei einem Vorgesetztenverhältnis nach § 6 VorgVO denkbar sind (134). Verneint der Soldat das Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 VorgVO, so kann dies kein Tatbestandsirrtum sein, weil es nur auf die subjektive Überzeugung des Erklärenden ankommt, daß ein Eingreifen erforderlich ist (135). Hat er dagegen überhaupt nicht bemerkt, daß sich jemand zum Vorgesetzten erklärt hat, dann ist der Vorsatz ausgeschlossen (136). Glaubt er andererseits, für die Erklärung seien bestimmte Worte oder eine bestimmte Form erforderlich, dann handelt es sich um einen Verbotsirrtum, weil davon die Befehlsbefugnis nicht abhängt. Es genügt ein entsprechender Wille des Erklärenden, der irgendwie erkennbar geworden ist (137).

---

130) Vgl. oben S.179 Beispiel 1 . Tatsächlich nimmt der Soldat hier einen Unverbindlichkeitsgrund an. Bezüglich der Vorgesetzteneigenschaft liegt ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum vor.

131) Vgl.oben S.184ff.,insbes.die Zusammenfassung auf S.194.Diesem Problemkreis entstammt das Beispiel 3 auf S.179.

132) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.6.

133) Dazu SCHREIBER NZWehrR 1964,156ff.

134) Vgl. oben S.179 Beispiel 4 .

135) Einzelheiten bei ARNOLD NZWehrR 1959,63f.;vgl.auch BayObLG NZWehrR 1960,136 und KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 1 Anm.6.

136) Vgl. BDH NZWehrR 1965,168ff.

137) So auch BDH NZWehrR 1965,168ff.

b) Die im Zusammenhang mit dem Befehlsbegriff denkbaren Tatbestandsirrtümer dürften im wesentlichen genannt worden sein. Relativ einfach ist diese Frage zu entscheiden für das andere Tatbestandsmerkmal, nämlich das Nichtbefolgen des Befehls. Hier werden die Irrtumsfälle zumeist rein tatsächlicher Art sein. Die Befehlserteilung ist dem Untergebenen zwar bekannt, er verkennt aber den Befehlsinhalt, sei es, daß er sich verhört oder verliest oder der Befehl ihn nur teilweise erreicht. In allen Fällen ist der Vorsatz ausgeschlossen (138). Ebenfalls um einen Tatbestandsirrtum handelt es sich, wenn der Soldat irrtümlich glaubt, er führe den richtig erkannten Befehl aus, währenddessen er etwas ganz anderes tut (139). Das gleiche muß gelten, wenn der Untergebene annimmt, er habe den Befehl bereits ausgeführt. Dagegen handelt es sich allenfalls um einen Verbotsirrtum, wenn der Soldat der irrigen Meinung ist, kein Ungehorsam läge vor, wenn er den Befehl lediglich betont langsam ausführt, obwohl er eigentlich schnell auszuführen gewesen wäre (140). Hält sich der Soldat nicht mehr für verpflichtet, den Befehl auszuführen, weil die militärische Lage sich grundlegend geändert habe, kann ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nie bejaht werden (141). Das gleiche gilt, wenn der Soldat irrtümlich glaubt, die Ausführung des Befehls sei unmöglich. So würde es sich lediglich um einen Verbotsirrtum handeln, wenn der Untergebene annimmt die zu sprengende Brücke sei bereits gesprengt oder existiere in Wirklichkeit nicht (142).

c) Bisher wurden Irrtumsfälle besprochen, die bei allen Ungehorsamsdelikten auftauchen können, da das "Nichtbefolgen eines Befehls" den Grundtatbestand bildet. Es bleiben noch die speziellen Tatbestandsmerkmale "Herbeiführen ei-

---

138) HIRSCHMANN S.175,SCHIRMER S.92,ARNDT NZWehrR 1960,145(153).

139) SCHWAIGER, Dissertation, S.124 nennt hierfür ein Beispiel.

140) Dazu OLG Hamm NJW 1966,212(213).

141) Heute ganz h.M., vgl. dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.30 mit weiteren Nachweisen.

142) So auch HIRSCHMANN S.205.

ner schwerwiegenden Folge" in § 19 WStG, "Auflehnung mit Wort oder Tat" in § 20 Nr.1 WStG und "Wiederholen des Befehls" in § 20 Nr.2 WStG übrig. Hier dürften reine Verbotsirrtümer äußerst selten vorkommen, so daß es sich zumeist um die Frage handelt, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat.

(1) Dies dürfte sicherlich für § 19 WStG gelten. Hier muß der Täter wissen, daß er eine schwerwiegende Folge durch sein Verhalten herbeiführt. Dolus eventualis würde genügen(143). Vertraut er darauf, daß die schwerwiegende Folge nicht eintreten werde - gleich aus welchen Gründen - , so muß Vorsatzausschluß angenommen werden. Nach § 19 Abs.4 WStG ist jedoch auch die fahrlässige Herbeiführung strafbar.

(2) Für § 20 Nr.1 WStG ist subjektiv erforderlich, daß der Untergebene durch demonstrative Art - durch Wort oder Tat - nach außenhin kundgegeben hat, daß er den erteilten Befehl nicht ausführen will (144). Fehlt dieses subjektive Moment, dann handelt der Täter nicht vorsätzlich (145). Schwierigkeiten kann dagegen die Frage bereiten, wo die Grenze zu ziehen ist zwischen erlaubten Gegenvorstellungen und strafbarer Gehorsamsverweigerung (146).

(3) Bei § 20 Nr.2 WStG sind mehrere Irrtumsfälle denkbar, die allesamt Tatbestandsirrtümer sein werden. Für das Beharren im Ungehorsam gilt, daß der Soldat weiß, daß ein Befehl wiederholt wird, der bereits einmal erteilt worden ist. Das setzt voraus, daß ihm die erste Befehlserteilung noch bewußt ist und daß er nicht davon ausgeht, daß der Befehl zwischenzeitlich zurückgenommen worden ist (147). Ist dies nicht der Fall, dann scheidet eine Bestrafung gem. § 20 Nr.2 WStG aus; möglich bleibt jedoch die Anwendung des § 19 WStG, wenn dessen sonstigen Voraussetzungen gegeben

---

143) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.8.

144) Ähnlich SCHWAIGER, Dissertation, S.141.

145) Einzelheiten bei DREHER-LACKNER-SCHWALM § 20 Rdnr.3 - 6 und ARNOLD NZWehrR 1959,58ff.

146) Dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 20 Rdnr.3 und HIRSCHMANN S.171 m.w.N.; kritisch SCHWAIGER, Dissertation, S.215f.

147) Vgl.dazu ausführlich SCHWAIGER, Dissertation, S.146f.

sind. Hielt er dagegen bei der ersten Befehlsverweigerung den Befehl lediglich für unverbindlich, wäre eine Bestrafung gem. § 20 Nr.2 WStG dennoch möglich.

d) Schließlich muß noch ein Irrtumsfall erwähnt werden, der nicht nur auf die Ungehorsamstatbestände beschränkt ist, sondern bei allen militärischen Straftaten auftauchen kann. Gemeint ist der Irrtum über die Soldateneigenschaft. Nach § 1 Abs.1 WStG gilt das Gesetz nur für Soldaten der Bundeswehr. Wie müßte der Irrtum darüber, nicht (mehr) wirksam Soldat zu sein, behandelt werden? Diese Problematik soll zum Schluß noch kurz aufgezeigt werden (148).

Es kann vorkommen, daß jemand militärischen Dienst verrichtet, der nicht wirksam Soldat geworden ist (149). Man spricht dann von einem sog. "faktischen" oder auch "de-facto" Soldaten (150). Nach h.M. können die Wehrstrafbestimmungen hier nicht angewendet werden, da die Soldateneigenschaft nicht wirksam begründet worden ist (151). Nun könnte es vorkommen, daß jemand glaubt, nicht wirksam Soldat geworden zu sein, obwohl objektiv dies doch der Fall ist. Wenn die irrige Vorstellung jedoch zuträfe,

---

148) Hierher gehört auch der Fall (vgl.oben S.179 Beispiel 5), daß ein Soldat rückwirkend entlassen werden soll und er nunmehr glaubt, die an ihn gerichteten Befehle nicht mehr befolgen zu müssen. Die Tatsache der rückwirkenden Entlassung berührt die Strafbarkeit nicht (so OLG Düsseldorf NZWehrR 1967,31). Andererseits weiß der Betreffende, daß er noch Soldat ist, so daß es sich hier nur um einen Verbotsirrtum handeln kann.

149) Über die möglichen Gründe hierfür vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 1 Rdnr.13, HIRSCHMANN S.13 und ausführlich SCHREIBER Wehrkunde 1960,38ff. und NZWehrR 1963,150ff.

150) Vgl.nur DOWIE S.19 m.w.N. und SCHWENCK ZStW 83(1971),468 (488). Kritisch gegen die Bezeichnung DREHER-LACKNER-SCHWALM § 1 Rdnr.13. Streng davon zu unterscheiden ist der Fall, daß jemand durch einen fehlerhaften Einberufungsbescheid eingezogen worden ist (umstritten ist, wann der Einberufungsbescheid nicht nur fehlerhaft, sondern unwirksam ist, vgl.dazu BGH NZWehrR 1967,173ff. mit abl.Anm. von N.N.); dann ist er zunächst wirksam Soldat geworden. Vgl.dazu ARNDT, Grundriß, S.46f. und HIRSCHMANN S.12f. Zum Ganzen vgl.BRÜCKNER, Das faktische Dienstverhältnis, Berlin 1968.

151) So bereits OLG Oldenburg NZWehrR 1963,132f., zuletzt OLG Celle NZWehrR 1972,111ff.; teilweise abweichend KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 1 Anm.4, dazu SCHWENCK ZStW 83(1971), 468(488).

könnte er nicht bestraft werden. Die irrige Annahme, nicht Soldat zu sein, ist deshalb Tatbestandsirrtum (152). Dabei gilt es jedoch zu beachten, daß der Täter nur die tatsächlichen Verhältnisse kennen muß, die seine Soldateneigenschaft begründen (153). Kennt er diese und zieht daraus falsche rechtliche Schlußfolgerungen, so wird der Vorsatz dadurch nicht ausgeschlossen. Dann kann es sich nur um einen Verbotsirrtum handeln (154).

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Nachdem die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs.3 WStG bejaht werden konnte, mußten in diesem Teil der Arbeit die speziellen Probleme bei der Anwendung und Auslegung der Abs.2 und 3 des § 22 WStG behandelt werden (155). Die wichtigsten Ergebnisse sollen kurz noch einmal thesenartig zusammengefaßt werden:

1. Im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte kann es vorsatzausschließende Tatbestandsirrtümer und reine Verbotsirrtümer geben.

2. Die Regelung in § 22 Abs.2 und 3 WStG ist auf alle Irrtumsfälle anwendbar, die keine Tatbestandsirrtümer sind.

---

152) So DREHER-LACKNER-SCHWALM § 1 Rdnr.21, HIRSCHMANN S.174, BayObLG NZWehrR 1965,174.

153) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.21, KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, Anm.2a zu § 1.

154) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 1 Rdnr.21, KOHLHAAS, Wehrstrafrecht, § 1 Anm.2a, BayObLG NZWehrR 1965,174. Auf weitere Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu auch die grundlegende Untersuchung aus neuerer Zeit von LANGER über das Sonderverbrechen; mit dem Wehrstrafrecht beschäftigen sich insbesondere die Seiten 155 und 187.

155) Nicht erörtert wurde die Frage, wie der unvermeidbare vom vermeidbaren Verbotsirrtum unterschieden werden kann. Diese Frage spielt bei der Anwendung der Abs.2 und 3 des § 22 WStG sicherlich keine unwesentliche Rolle (vgl.z.B. SCHWAIGER, Dissertation, S.201f. und HIRSCHMANN S.191ff.). Hier gelten aber die gleichen Grundsätze wie im allgemeinen Strafrecht, so daß sich hierzu längere Ausführungen erübrigten. Hingewiesen sei z.B. auf STRAUSS (Dieter), Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum (Diss. München 1968).

3. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage, wann tatsächlich ein Tatbestands- und nicht lediglich ein Verbotsirrtum angenommen werden muß. Ursächlich hierfür ist im wesentlichen die eigenartige Definition des Befehls in § 2 Nr.2 WStG.

4. Ein Tatbestandsirrtum ist dann zu bejahen, wenn bei Richtigkeit der Vorstellungen des Täters die Anweisung ein Nicht-Befehl gewesen wäre. Ein Nicht-Befehl liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Merkmale des Befehlsbegriffs in § 2 Nr.2 WStG nicht erfüllt sind. Um einen Nicht-Befehl handelt es sich auch dann,wenn ein militärischer Vorgesetzter seine zeitlich oder örtlich beschränkte Befehlsbefugnis überschreitet. Dagegen liegt ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG vor,wenn der Vorgesetzte seine sachlich umgrenzte Befehlsbefugnis nicht einhält. Ein Irrtum hierüber wäre Verbotsirrtum.

5. Auch nicht als Tatbestandsirrtum ist der Irrtum über solche Umstände zu behandeln, die, wenn sie vorlägen, das Verhalten des Täters rechtfertigen würden. Insoweit gelten im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte die Grundsätze der strengen Schuldtheorie.

6. Dagegen kann es ein Tatbestandsirrtum sein, wenn der Täter glaubt, nicht Soldat zu sein, da die Soldateneigenschaft Bestandteil aller militärischen Straftaten ist, auf die sich der Vorsatz somit erstrecken muß. Es genügt jedoch, daß er die tatsächlichen Verhältnisse kennt, die ihn zum Soldaten machen. Zieht er daraus falsche rechtliche Schlüsse, so liegt allenfalls ein Verbotsirrtum vor.

7. Bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum kann die Strafe nicht wie im allgemeinen Strafrecht nach Versuchsgrundsätzen gemildert werden.

4.Teil: DIE BEDEUTUNG DES § 22 ABS.1 SATZ 2 WStG

I. Einführung in die Problematik

Die bisherigen Erörterungen beschäftigten sich allein mit dem Fall, daß ein objektiv verbindlicher Befehl - der eigentlich hätte ausgeführt werden müssen - von dem Untergebenen infolge eines Irrtums, nicht zum Gehorsam verpflichtet zu sein, nicht befolgt wird. Zumeist wird man an diesen in der Praxis häufigeren Fall zuerst denken, wenn man von einem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls spricht. Aber auch der umgekehrte Fall ist letztlich ein Irrtum über die Verbindlichkeit, wenn der Täter die Verbindlichkeit des Befehls und damit die Gehorsamspflicht bejaht, obwohl objektiv kein verpflichtender Befehl vorliegt. Hier wird also ein Befehl für verbindlich gehalten, der objektiv nicht verbindlich ist. In beiden Fällen stimmt die objektive Wirklichkeit mit der subjektiven Vorstellung nicht überein. Der Unterschied liegt darin, daß der Täter die Gehorsamspflicht entweder zu seinen Gunsten verneint oder zu seinem Nachteil bejaht. Mit diesem Irrtum "zuungunsten" - wie ihn MAURACH nennt (1) - , müssen wir uns nunmehr abschließend beschäftigen. Im Gegensatz zu Abs.2 und 3 des § 22 WStG, die den Irrtum "zugunsten" betreffen, bezieht sich § 22 Abs.1 Satz 2 WStG auf den Irrtum zuungunsten des Täters.

Das Ergebnis der Regelung in § 22 Abs.1 Satz 2 WStG ist die Straflosigkeit des Soldaten. Diese Tatsache steht fest, aber alles andere ist mehr oder weniger umstritten. So besteht schon keine Einigkeit darüber, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn es diese Vorschrift nicht gäbe. Desweiteren ist zweifelhaft, welche Fälle direkt oder auch analog nach § 22 Abs.1 Satz 2 WStG zu entscheiden sind. Es handelt sich hier demnach um zwei Problemkreise. Bei der letzteren Frage geht es darum, den Anwendungsbereich des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG festzustellen. Da hier möglicherweise über die Strafbarkeit bzw.

---

1) MAURACH, Lehrbuch AT, § 23 I A (S.271).

die Straflosigkeit eines Verhaltens entschieden wird, handelt es sich dabei um eine für die Praxis bedeutsame Frage. Diese tatsächliche Bedeutung erlangt die andere Fragestellung nicht. Hier geht es um die strafrechtstheoretische Bedeutung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG. MAURACH hat in diesem Zusammenhang das Wort vom "Husarenritt des Gesetzgebers" geprägt (1). Ob dies zutrifft, soll sogleich erörtert werden, nachdem geklärt ist, auf welche Fälle § 22 Abs.1 Satz 2 WStG analog oder direkt anwendbar ist.

II. Der Anwendungsbereich des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG

1) Die bei § 22 Abs.1 Satz 2 WStG vorausgesetzte Situation ist relativ leicht zu umschreiben. Subjektiv geht der Täter von dem Vorliegen eines verbindlichen Befehls aus, den er im Grunde nach seiner Vorstellung ausführen müßte. Er nimmt irrigerweise eine Gehorsamspflicht an, die in Wirklichkeit nicht besteht. Wenn der Soldat jedoch glaubt, zur Verweigerung des Gehorsams nicht berechtigt zu sein, und dennoch nicht das tut, wozu er sich im Grunde verpflichtet fühlt, dann muß er das Gefühl haben, etwas Verbotenes zu tun. Nun gibt es aber sehr verschiedenartige Fälle, wo dieses Gefühl,etwas Verbotenes zu tun, bejaht werden kann (3). Zunächst soll deshalb an Hand des Wortlauts des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG geklärt werden, auf welche Fälle diese Bestimmung mit Sicherheit anwendbar ist.

2) Ohne den hier interessierenden Wortlaut zu verändern,kann diese Vorschrift wie folgt gelesen werden: Wenn der Untergeben irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich, dann soll er nicht bestraft werden, wenn er ihn nicht ausführt.

Der Soldat muß also den Befehl, den er nicht ausführt, für verbindlich gehalten haben. Zweifelsfrei gilt dann § 22 Abs.1 Satz 2 WStG für den Fall, daß es sich bei der Anweisung zwar um einen Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG handelt, der jedoch objektiv unverbindlich ist. Wie ist es aber in

---

2) MAURACH, Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b (S.616).

3) Das ist z.B. auch bei dem sog. Wahnverbrechen der Fall.

dem Fall, daß der Soldat nicht nur über die Verbindlichkeit irrt, sondern darüber hinaus irrtümerlicherweise annimmt, daß es sich überhaupt um einen Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG handelt? So zum Beispiel wenn ein Offizier einem Gefreiten, den er außerhalb des Dienstes auf der Straße vor der Kaserne trifft, bittet, für ihn einen Brief zum Standortkommandanten zu bringen. Auf Grund einer Personenverwechslung hält der Gefreite den "befehlenden" Offizier für seinen Bataillonskommandeur. Obwohl er gleichzeitig glaubt, es handelt sich um einen dienstlichen Brief, weigert er sich, ihn zum Standortkommandanten zu bringen. Hier in diesem Beispielsfall läge nicht einmal ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG vor (4), der natürlich dann auch nicht verbindlich sein kann (5).Wird dieser Fall auch von dem Wortlaut des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG erfaßt?

Das hängt davon ab, ob diese Bestimmung mehr subjektiv oder eher objektiv zu verstehen ist (6). Auch im obigen Beispiel könnte man sagen, der Soldat habe "irrig angenommen, der Befehl sei verbindlich" (7). Subjektiv ging er von dem Vorliegen eines Befehls aus, dessen Verbindlichkeit er auch irrigerweise angenommen hat, denn hätte er den vermeintlichen Befehl für unverbindlich gehalten und der Anweisung deshalb nicht Folge geleistet, dann wäre der Fall völlig unproblematisch (8). Andererseits

---

4) Nicht nur deshalb, weil der Offizier eine Bitte äußert, sondern auch deshalb, weil kein Vorgesetztenverhältnis nach der VorgVO besteht, da es ein Vorgesetztenverhältnis auf Grund des Dienstgrades außerhalb des Dienstes und außerhalb einer umschlossenen militärischen Anlage nicht gibt.

5) Nach der Vorstellung des Gefreiten handelt es sich jedoch um einen verbindlichen Befehl, da der Bataillonskommandeur als unmittelbarer Vorgesetzter gem.§ 1 VorgVO auch außerhalb des Dienstes Befehlsbefugnis hat und der Befehl zu einem dienstlichen Zweck erteilt worden ist.

6) So will z.B. v.RICHTHOFEN bei § 5 WStG den Begriff "Befehl" zugunsten des Soldaten auch in dieser Weise rein subjektiv verstehen (vgl. Anm.3 zu § 5).

7) Der Begriff "Untergebener" müßte dann notfalls auch subjektiv aufgefaßt werden, also in dem Sinne, daß sich der Soldat als "Untergebener" gefühlt hat, denn wenn die Anweisung kein Befehl ist, dann fehlt es zumeist auch an

kann man auch sagen, daß § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nur für den Fall gelten soll, daß eine Anweisung, die ein Befehl ist, irrigerweise für verbindlich gehalten wird. Im letzteren Sinne wird diese Vorschrift auch ohne Ausnahme in der Literatur verstanden (9). Dies dürfte auch insofern richtig sein, denn Satz 2 bezieht sich erkennbar auf den ersten, und dort geht es um die Verbindlichkeit eines tatsächlichen Befehls. Nur wenn das Vorliegen eines Befehls iSd § 2 Nr.2 WStG bejaht werden kann, ist demnach § 22 Abs.1 Satz 2 WStG seinem Wortlaut nach anwendbar. Das gilt auch dann, wenn der Soldat sich nicht ganz sicher ist, ob der Befehl nun verbindlich ist oder nicht. Die Bedenken von SCHWAIGER sind unberechtigt (10).

3) Es bleibt jedoch zu überlegen, ob im obigen Beispiel nicht eine entsprechende Anwendung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG in Betracht kommt. In der Literatur besteht Übereinstimmung darüber, daß eine analoge Anwendung nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Umstritten ist jedoch, in welchem Umfange dies gelten soll. Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß eine analoge Anwendung nur dann möglich sein soll, wenn der vermeintliche Befehl darüber hinaus unverbindlich gewesen wäre; anderenfalls müßte strafbarer untauglicher Versuch bejaht werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen strafbaren Ungehorsams vorliegen (11). Dagegen sind KOHLHAAS und v.RICHTHOFEN der Meinung, daß § 22 Abs.1 Satz 2 WStG in allen Fällen ana-

---

einem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis.

8) Rein begrifflich sieht es hier so aus, als ob der Soldat einem doppelten Irrtum unterlegen wäre. Einmal hat er irrtümlicherweise das Vorliegen eines Befehls bejaht und darüber hinaus auch dessen Verbindlichkeit angenommen. In der Praxis wird es sich aber wohl eher um einen "einheitlichen" Irrtum über die Gehorsamspflicht handeln. Dann dürfte die begriffliche Unterscheidung aber nicht so erheblich sein, um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen.

9) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.5, KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, Anm.3, v.RICHTHOFEN Anm.5, SCHÄFER in DALCKE Anm.2 zu § 22; SCHWAIGER, Dissertation, S.156.

10) Vgl. SCHWAIGER, Dissertation, S.158.

11) So DREHER-LACKNER-SCHWALM Rdnr.6, SCHÄFER in DALCKE Anm.2 zu § 22; SCHWAIGER, Dissertation, S.156ff.; wohl auch ARNDT, Grundriß, S.195, weil er strafbaren untauglichen Versuch annimmt.

log gelten müsse, in denen ein Soldat das Vorliegen eines Befehls bejaht, wobei es gleichgültig ist, ob er verbindlich gewesen wäre oder nicht (12). Im obigen Beispielsfall käme es somit möglicherweise darauf an, ob es sich bei dem Brief um einen dienstlichen oder einen privaten gehandelt hat. Lediglich im letzteren Fall wäre es unbestritten, daß eine Bestrafung auch hier analog § 22 Abs.1 Satz 2 WStG ausgeschlossen wäre.

a) Ob eine derartige Unterscheidung gerechtfertigt ist, erscheint - gerade angesichts dieses Beispielsfalles - zweifelhaft. KOHLHAAS (13) verneint dies deshalb, weil sonst "derjenige, der weiß, daß äußerlich ein Befehl vorliegt und ihn irrig für verbindlich hält, besser dastehen (würde), als einer der irrig annimmt, es liege ein Befehl vor, obwohl es schon an dessen äußeren Voraussetzungen fehlt, gleichgültig ob er seinem Inhalt nach bei Vorliegen jener Voraussetzungen verbindlich gewesen wäre oder nicht". Dieses Erst-recht-Argument ist zunächst recht einleuchtend. In den Fällen, wo nicht nur die Verbindlichkeit des erteilten Befehls, sondern darüber hinaus das Vorliegen eines Befehls überhaupt fälschlicherweise angenommen wird, erscheint eine Bestrafung analog § 22 Abs.1 Satz 2 WStG ebenso unangebracht (14). Dagegen wendet sich allerdings SCHWAIGER (15), der sich mit dieser Frage als einziger bisher etwas ausführlicher auseinandergesetzt hat.

b) SCHWAIGER meint, daß in den Fällen, in denen ein vermeintlicher Befehl verbindlich gewesen wäre, jeglicher Bezugspunkt zur Beurteilung eines derartigen Verhaltens analog

---

12) KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, Anm.3, v.RICHTHOFEN Anm.5 zu § 22.

13) KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 22 Anm.3; leider stehen diese Ausführungen im Widerspruch zu § 19 Anm.7, wo diese Fälle dann dennoch als strafbare untaugliche Versuche bezeichnet werden.

14) Übrigens kann sich bei § 5 WStG eine ähnliche Problematik ergeben. Nimmt der Soldat irrig das Vorliegen eines Befehls an, so soll § 5 WStG nicht direkt, weil ja tatsächlich kein Befehl vorliegt, sondern nur analog anwendbar sein (vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 5 Rdnr.3). Hier will v.RICHTHOFEN von vornherein von einem "subjektiven" Befehlsbegriff ausgehen, um den Täter nicht seiner Vergünstigung zu berauben (vgl.Anm.3 und § 2 Anm. 2 b aa).

15) Vgl. Dissertation, S.157ff.

der Vorschrift des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG fehle. Weder der hier vorausgesetzte Befehlscharakter der Aufforderung sei vorhanden, noch die tatsächliche Unverbindlichkeit des vermeintlichen Befehls. Deshalb fehle für eine analoge Anwendung jegliche Voraussetzung. Dies scheint für ihn letztlich jedoch nicht das entscheidende Argument zu sein, denn es folgt noch ein kriminalpolitisches. So sagt SCHWAIGER: "auch läßt hier die Nichtbefolgung einer Aufforderung, deren Verbindlichkeit, wenn sie tatsächlich ein Befehl gewesen wäre, vom Soldaten richtig erkannt wurde, auf einen erheblichen und gefährlichen Grad verbrecherischer Energie schließen, wobei sich der verbrecherische Wille in der versuchten Ungehorsamshandlung deutlich genug manifestiert hat".

Aber auch die Argumentation von SCHWAIGER vermag das eigentlich Paradoxe nicht zu erklären, daß das vermeintliche Mehr - die irrige Annahme eines verbindlichen Befehls, wo nicht einmal ein Befehl vorliegt - nicht strafbefreiend wirken soll. Etwas, das bereits nicht tatbestandsmäßig ist, kann nicht rechtswidrig sein. Deshalb ist man gewillt, diesen Satz hier umzukehren. Wenn die Bestrafung ausgeschlossen sein soll, wenn nur irrtümlich etwas für rechtmäßig gehalten wird, so ist es schwer einzusehen, daß dies dagegen dann nicht gelten soll, wenn etwas als tatbestandsmäßig angesehen wird, das es in Wirklichkeit nicht ist. Der Irrtum zuungunsten des Täters bezüglich der Tatbestandsmäßigkeit müßte eigentlich gleichbehandelt werden dem Irrtum hinsichtlich der Rechtswidrigkeit, wobei hinzukommt, daß der Soldat in beiden Fällen letztlich über seine Pflicht zum Gehorsam irrt. In dieser Überlegung liegt die große Überzeugungskraft des KOHL-HAAS'schen Arguments.

c) Tatsächlich ist die Argumentation von SCHWAIGER wenig überzeugend. In beiden Fällen geht der Soldat von einem für ihn verbindlichen Befehl aus. Befolgt er die Anweisung nicht, mißachtet er seine Gehorsamspflicht. Obwohl er sich sagt, eigentlich müsse er gehorchen, tut er es dennoch nicht. Wenn überhaupt, so muß in beiden Fällen auf "einen erheblichen und gefährlichen Grad verbrecherischer Ener-

gie" geschlossen werden. Hier einen Unterschied zu sehen, ist schlechterdings unmöglich. SCHWAIGER übernimmt die Argumentationsweise, die üblicherweise die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im allgemeinen Strafrecht begründen soll, und übersieht dabei, daß seine Begründung auch auf den Fall zutrifft, daß ein unverbindlicher Befehl für verbindlich gehalten wird.Wenn überhaupt, so muß nach anderen Gründen gesucht werden, weshalb eine analoge Anwendung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG hier tatsächlich ausgeschlossen sein könnte.

Zweckmäßig erscheint es, hierbei vom Sinn und Zweck des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG auszugehen. Grundgedanke dieser Vorschrift ist, daß das Erteilen eines unverbindlichen Befehls dem Soldaten niemals zum Nachteil gereichen soll (16). Selbst wenn er den unverbindlichen Befehl irrtümlich für verbindlich gehalten hat, soll er straffrei bleiben. Dieses Ergebnis wollte der Regierungsentwurf dadurch erreichen, daß er die Verbindlichkeit zur objektiven Strafbarkeitsbedingung erklärte (17). Einer Bestimmung wie dem jetzigen § 22 Abs.1 Satz 2 WStG hätte es dann nicht bedurft. Dann liegt es nahe, die Anwendung dieser Vorschrift auch auf die Fälle zu beschränken, die möglicherweise erst dadurch strafbar geworden wären,weil der Gesetzgeber die Unverbindlichkeit des Befehls während des Gesetzgebungsverfahrens dann doch noch als speziellen Rechtfertigungsgrund anerkannt hat.

Hier scheint auch der Ansatzpunkt dafür zu liegen, um die Überzeugungskraft der KOHLHAAS'schen Argumentation zunächst etwas zu entkräften. Eigentlich gehört die Verbindlichkeit des Befehls zum Tatbestand. Nur durch einen gesetzgeberischen "Trick" wurde sie zum Rechtswidrigkeitsmerkmal, hauptsächlich deshalb, um die Anwendbarkeit des § 59 StGB einzuschränken (18). Wenn dies aber so ist, dann ist eine Erst-recht-Argumentation nicht mehr so überzeugend. Ein Verhältnis von "Mehr und Weniger" gäbe

16) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.5.
17) Vgl. Amtl.Begr.WStG S.31 und Bericht HAASLER S.7.
18) Übereinstimmend SCHWAIGER, Dissertation, S.151.

es ja praktisch nicht. Allein fraglich kann dann noch bleiben, ob eine Differenzierung hinsichtlich einzelner "Tatbestandsmerkmale" gerechtfertigt ist.

Hinter § 22 Abs.1 Satz 2 WStG steht der Gedanke, daß es Fälle geben kann, wo der Vorgesetzte sich nicht im Rahmen seiner Befehlsbefugnis hält. Wenn aber der Vorgesetzte etwas nicht befehlen darf, dann ist es unschädlich, wenn es nicht ausgeführt wird. Demgegenüber soll die Tatsache zurücktreten, aus welchen Gründen die Anweisung nicht befolgt worden ist (19), so daß es gleichgültig ist, ob der Untergebene die Unverbindlichkeit erkannt hat oder nicht. Denn aus der Befehlsüberschreitung soll dem Soldaten niemals ein Nachteil erwachsen, weil es gerade das Verhalten des Vorgesetzten gewesen ist, daß der Soldat in diese Situation überhaupt gekommen ist.

In vielen Fällen ist aber eine Anweisung gerade deshalb nicht einmal ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG, weil der "Befehlende" keine Befehlsbefugnis besitzt, so z.B. in den meisten Fällen bei Aufforderungen außerhalb des Dienstes (20). Soll es nun strafbarer Versuch sein, wenn der Soldat irrtümlich glaubt, im Dienst zu sein, und die Anweisung im Dienst hätte erteilt werden dürfen; er dagegen aber straflos bleiben soll, wenn er einen nichtdienstlichen Befehl, den er verständlicherweise für verbindlich gehalten hat, nicht ausführt (21)? In der konkreten Situation darf der Vorgesetzte beide Befehle nicht erteilen. Dennoch tut er es. In dem einen Fall den § 22 Abs.1 Satz 2 WStG anzuwenden und in dem anderen Fall nicht, erscheint nicht recht einleuchtend. Vom Soldaten aus gesehen, besteht absolut kein Unterschied in der Beurteilung beider Fälle. Im einen wie im anderen Fall hält er sich

---

19) Ebenso SCHWAIGER, Dissertation, S.155.

20) Ausführlich dazu oben S.185ff.

21) Aus dem unterschiedlichen Befehlsinhalt rechtfertigt sich eine Differenzierung auch nicht, denn häufig kann der Soldat gar nicht erkennen, ob ein dienstlicher Zweck gegeben ist oder nicht, z.B. sieht man einem Brief nicht an, ob es sich dabei um ein dienstliches oder ein privates Schreiben handelt.

für verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten. Hätte sich der Vorgesetzte im Rahmen seiner Befehlsgewalt gehalten, wozu er gem. § 10 Abs.4 SG verpflichtet ist,wäre es zu einem derartigen Irrtum erst gar nicht gekommen (22). Überschreitet der Vorgesetzte seine Befehlsbefugnis, so daß die Anweisung nicht einmal die Befehlsmerkmale in § 2 Nr.2 WStG erfüllt, so ist dies der Erteilung eines unverbindlichen Befehls gleichzuerachten. Die Interessenlage dürfte es gebieten, hier § 22 Abs.1 Satz 2 WStG analog anzuwenden, ohne daß es auf die Unterscheidung ankommt, ob der vermeintliche Befehl verbindlich oder unverbindlich gewesen wäre.

Übrig blieben somit noch die Fälle, wo der Vorgesetzte eine Bitte äußert, und der Soldat glaubt, es handele sich um eine Anweisung mit Anspruch auf Gehorsam. Einen Untergebenen etwas zu bitten, ist dem Vorgesetzten erlaubt und nicht grundsätzlich verboten. Dennoch dürfte auch hier eine entsprechende Anwendung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG angebracht sein, denn in den Fällen, in denen ein Vorgesetzter bittet, wird er zumeist auch nicht berechtigt sein, etwas zu befehlen. Dann ist es Sache des Vorgesetzten klarzustellen, daß es kein Befehl, sondern eine Bitte ist, die keine militärische Gehorsamspflicht erzeugt, um so einem Irrtum beim Untergebenen von vornherein vorzubeugen.

d) Folgendes Ergebnis kann deshalb festgehalten werden: Das Nichtausführen eines unverbindlichen Befehls ist auch dann nicht strafbar, wenn der Soldat die Verbindlichkeit der Anweisung irrtümlich bejaht hat. Dies hat der Gesetz-

22) Der Sinn des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG wäre dann folgender: Hält sich der Vorgesetzte strikt an seine Befugnisse,dann kann es einen Fall, daß ein tatsächlich unverbindlicher Befehl für verbindlich gehalten wird, nicht geben. Voraussetzung dafür ist also zumeist eine Pflichtwidrigkeit seitens des Vorgesetzten. Sein Fehlverhalten ermöglicht erst eine Situation, wie sie bei § 22 Abs.1 Satz 2 WStG vorausgesetzt wird. Letztlich hat es also der Vorgesetzte in der Hand, ob es zu einer derartigen Situation kommen kann oder nicht. Deshalb dürfte es der Gesetzgeber als unbillig angesehen haben, den Soldaten dennoch zu bestrafen. Nach außenhin würde dies auch den Eindruck erwecken, als ob auch das Nichtbefolgen unverbindlicher Befehle strafbar wäre.

geber in § 22 Abs.1 Satz 2 WStG ausdrücklich angeordnet. Dies führt jedoch dazu, daß sich der untaugliche Versuch im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte nicht mehr überzeugend rechtfertigen läßt. Eine unterschiedliche Behandlung läßt sich von der Sache her nicht begründen und ist auch nicht erforderlich. Glaubt der Täter, daß es sich um eine verbindliche Anweisung handelt, die Nichtausführung dieses "Befehls" aber nicht einmal tatbestandsmäßig ist, dann muß § 22 Abs.1 Satz 2 WStG analog angewendet werden. Unerheblich ist dabei, ob die Anweisung - wäre sie ein Befehl iSd § 2 Nr.2 WStG gewesen - unverbindlich oder verbindlich gewesen wäre.

Diese Auffassung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Verbindlichkeit des Befehls aus reinen Zeckmäßigkeitsgesichtspunkten vom Gesetzgeber nicht zum Tatbestandsmerkmal, sondern zum Rechtswidrigkeitsmerkmal erklärt worden ist. Hinzukommt, daß das Nichtbefolgen einer Anweisung, die unter Überschreiten der konkreten Befehlsbefugnis erteilt wird, teilweise schon nicht tatbestandsmäßig, teilweise lediglich nicht rechtswidrig ist (23). Auch hierfür sind reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgebend. Im einen Fall wegen untauglichen Versuchs zu bestrafen und im anderen Fall den Soldaten gem. § 22 Abs.1 Satz 2 WStG straffrei ausgehenzulassen, wäre unberechtigt. § 22 Abs.1 Satz 2 WStG ist deshalb auf alle Fälle anwendbar, in denen der Soldat eine Gehorsamspflicht bejaht, die in Wirklichkeit nicht besteht (24).

---

23) Wobei dann noch umstritten ist, was tatbestands- und was rechtswidrigkeitsausschließend ist, so z.B. beim Überschreiten der sachlich begrenzten Befehlsbefugnis. Bejaht man hier den Befehlscharakter, dann wäre § 22 Abs.1 Satz 2 WStG eindeutig anwendbar, im anderen Fall allenfalls nur durch eine analoge Anwendung. Zu diesen Kontroverse vgl. oben S.185ff.

24) Ist nicht jemand wirksam Soldat geworden (sog.faktischer Soldat, vgl.dazu SCHREIBER Wehrkunde 1960,38ff. und NZWehrR 1963,150ff.) und weiß davon nichts, dann glaubt er auch zum Gehorsam verpflichtet zu sein. Die Nichtbestrafung ergibt sich hier bereits aus § 1 Abs.1 WStG (vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 1 Rdnr.20).

III. Die strafrechtstheoretische Bedeutung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG

1) Sieht man vom Anwendungsbereich ab, so ist die praktische Bedeutung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG relativ leicht zu erkennen. Die irrige Annahme, der Befehl sei verbindlich, soll für den nichtgehorchenden Soldaten unschädlich sein (25). Das bedeutet also im Ergebnis Straflosigkeit. Es bleibt jedoch die Frage, ob und wie sich dies strafrechtstheoretisch erklären läßt. Darüber gehen die Meinungen stark auseinander. Für die Praxis ist dieser Streit weniger bedeutungsvoll, denn solange diese Bestimmung existiert, bleibt der Soldat straflos, selbst wenn sich der Gesetzgeber hier über alle dogmatischen Grundsätze hinweggesetzt haben sollte. Aber interessant ist es doch, sich zu überlegen, was hier "passiert" ist, denn diese Frage könnte andererseits auch einige Aufschlüsse über das Wesen der militärischen Insubordinationsdelikte geben.

2) Wenn hier nach der strafrechtstheoretischen Bedeutung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG gefragt wird, so dürfte es zweckmäßig sein, sich den Wortlaut dieser Bestimmung noch einmal genau anzusehen. Gleichzeitig soll nach ähnlichen Vorschriften im Strafrecht Ausschau gehalten werden, um so Gemeinsamkeiten oder Unterschiede feststellen zu können.

Der Wortlaut des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG - dies gilt auch, wenn der Untergeben irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich - läßt sich ohne den vorangestellten Satz nicht verstehen. In § 22 Abs.1 Satz 1 WStG wird gesagt, daß der Untergebene in den Fällen der §§ 19-21 WStG nicht rechtswidrig handelt, wenn der Befehl nicht verbindlich ist. Das soll auch dann gelten, wenn der Soldat die Verbindlichkeit irrigerweise bejaht. Sein Handeln soll dann nicht rechtswidrig sein (26). Mit anderen Worten, das Nichtbefolgen von unverbindlichen Befehlen soll stets rechtmäßig sein (27).

25) So ausdrücklich Bericht HAASLER S.7.
26) Ebenso DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.5.

Fast wörtlich stimmt § 22 Abs.1 WStG mit § 109b Abs.5 StGB überein. Auch hier soll das Verleiten zum militärischen Ungehorsam nicht rechtswidrig sein, wenn der Täter einen unverbindlichen Befehl irrtümlich für verbindlich hält. Die Deutungsversuche bei dieser Vorschrift lassen sich deshalb ohne Bedenken auch auf § 22 Abs.1 Satz 2 WStG übertragen.

Zweifelhaft ist dies jedoch bei § 113 Abs.3 Satz 2 n.F. StGB. Beide Bestimmungen regeln zwar einen ähnlichen Sachverhalt. Der Täter nimmt zu seinen Ungunsten irrtümlich die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung an. Auch diese irrtümliche Annahme soll ihm nicht zum Nachteil gereichen (28). Dennoch stimmt § 113 Abs.3 Satz 2 StGB mit § 22 Abs.1 Satz 2 WStG und § 109b Abs.5 StGB in einem Punkt nicht überein. Hier wird nicht ausdrücklich die Rechtswidrigkeit des Verhaltens verneint, sondern in § 113 StGB ist lediglich bestimmt, daß die Tat nach dieser Vorschrift nicht strafbar ist. Das läßt verschiedene Interpretationsmöglichkeiten offen. Damit wurde nicht eindeutig der Streit darüber entschieden, welche Bedeutung der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung zukommt (29). Nur wenn man der Ansicht ist, die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung rechtfertige die Widerstandsleistung, würde zwischen § 22 Abs.1 Satz 2 WStG und § 113 Abs.3 Satz 2 StGB eine Übereinstimmung bestehen.

Es dürfte überraschen, wenn hier auch § 186 StGB genannt wird. Dort kann nämlich eine ähnliche Problematik entstehen. Die Wahrheit der behaupteten ehrenrührigen Tatsache führt dazu, daß der Täter nach § 186 StGB nicht bestraft werden kann (30). Nun ist durchaus der Fall denkbar, daß der Täter, als er die Tatsache behauptete, fest damit rechnete, daß sie unwahr ist. Tatsächlich ist sie jedoch wahr, so daß der Täter sich lediglich vorstellte, sie sei

---

27) SCHWAIGER, Dissertation, S.155.

28) SCHÖNKE-SCHRÖDER § 113 Rdnr.43.

29) Einen Überblick über den derzeitigen Meinungsstand gibt HEIMANN-TROSIEN in LK § 113 Rdnr.20.

30) Vgl.nur SCHÖNKE-SCHRÖDER § 186 Rdnr.10.

unwahr, also die Unwahrheit irrig angenommen hat. Der Irrtum bezieht sich hier - anders als bei § 22 Abs.1 Satz 2 WStG - auf ein Tatbestandsmerkmal, deshalb liegt begrifflich untauglicher Versuch vor. Gleichwohl soll es sich nach MAURACH (31) in diesem Fall um ein straftloses Wahnverbrechen handeln.

3) Auch bei der Erklärung des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG gehen die Meinungen weit auseinander. Sie reichen von der Annahme eines Wahndelikts über die Annahme eines Versuchs bis hin zur Behauptung, der Täter hätte wegen eines vollendeten Delikts bestraft werden müssen, wenn es diese Vorschrift im Gesetz nicht gäbe.

a) Ohne größere Schwierigkeiten würde sich § 22 Abs.1 Satz 2 WStG in die allgemeine strafrechtliche Dogmatik einfügen lassen, wenn es sich hier um die ausdrückliche gesetzliche Anerkennung eines Wahndelikts handeln würde. Daß der Täter im Falle eines Wahndelikts nicht rechtswidrig handelt und deshalb nicht bestraft werden kann, wird allseits anerkannt. Würde § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nur das aussprechen, was anderenfalls sowieso gegolten hätte, der "Husarenritt des Gesetzgebers"(32) hätte dann möglicherweise gar nicht stattgefunden. Tatsächlich vertritt WELZEL die Auffassung, daß § 22 Abs.1 Satz 2 WStG die positive Regelung eines Wahndelikts darstelle (33). Er sieht die Verbindlichkeit des Befehls als spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal an, so daß die irrige Annahme den Täter nicht zu seinen Ungunsten belasten könne (34). Der Irrtum "zugunsten" sei stets Verbotsirrtum, so daß bei einem Irrtum "zuungunsten" (dem sog. umgekehrten Verbotsirrtum) Wahnverbrechen vorliegen müsse. Der gleichen Auffassung sind FOTH und KRIEGER (35), wobei der letztere

---

31) MAURACH NJW 1962,716(718); vgl. auch HERDEGER in LK § 185 Rdnr.26.

32) So MAURACH, Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b bb (S.616).

33) Vgl.WELZEL,Lehrbuch,§ 24 V 1 (S.194) und § 72 I 3 (S.496).

34) Ausführlicher darüber ROXIN, Tatbestände, S.30 und MAURACH, Lehrbuch AT, § 41 III C 3 b (S.514).

35) Vgl. FOTH JR 1965,366(369) und KRIEGER S.122.

seine Meinung mit dem zunächst einleuchtenden Hinweis begründet, daß eine nur eingebildete Gehorsamspflicht keine Gehorsamspflicht zu begründen vermag.

b) Demgegenüber meinen zahlreiche Autoren (36), daß der Soldat, wenn es § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nicht gäbe, wegen versuchten Ungehorsams hätte bestraft werden müssen. Nahegelegt wird diese Auffassung wohl deshalb, weil man sich vorstellt, der Untergebene habe gegenüber einem verbindlichen Befehl ungehorsam sein wollen. Da jedoch der Befehl nur in der Vorstellung des Täters verbindlich war, konnte er objektiv gar keinen militärischen Ungehorsam begehen. Da er aber andererseits den Willen in die Tat umgesetzt hatte, einen rechtmäßigen Befehl nicht auszuführen, müßte eigentlich versuchter Ungehorsam angenommen werden. Deshalb sieht ARNDT (37) in § 22 Abs.1 Satz 2 WStG die ausdrücklich angeordnete Straflosigkeit eines sonst strafbaren untauglichen Versuchs.

c) Dagegen wendet sich allerdings MAURACH (38) mit der zutreffenden Behauptung, daß die Verbindlichkeit des Befehls vom Gesetzgeber bewußt nicht als Ttabestandsmerkmal ausgestaltet worden ist. Versuch setzt aber begrifflich die irrige Annahme eines Tatbestandsmerkmals voraus. Deshalb könne hier nicht lediglich untauglicher Versuch, sondern an sich müsse vollendete Tat angenommen werden, da dem Soldaten in dieser Situation das bei allen Rechtfertigungsgründen zu fordernde subjektive Rechtfertigungselement gefehlt habe. Dann sei aber nur die Annahme eines die an sich gegebene Strafbarkeit ausräumenden persönlichen Strafausschließungsgrundes berechtigt.

d) Die drei bisher angeführten Meinungen haben sich ausschließlich auf ein Ergebnis festgelegt. Glaubt der Soldat irrigerweise, der Befehl sei verbindlich und führt er ihn gleichwohl nicht aus, so wäre dies nach ihrer Ansicht, wenn man § 22 Abs.1 Satz 2 WStG unberücksichtigt

---

36) So ARNDT DRiZ 1957,134(136) und Grundriß S.125; JESCHECK, Bw und Recht,S.88; KOHLHAAS,Wehrstrafgesetz,§ 22 Anm.3.

37) Grundriß S.125

38) Vgl.Lehrbuch BT,§ 64a III A 4 b bb(S.616); siehe auch Lehrbuch AT,§ 25 V C 1(S.306) und § 41 III C 3 b(S.514).

ließe, entweder strafloses Wahnverbrechen, strafbarer Versuch oder sogar vollendeter Ungehorsam. Darüber hinaus gibt es noch einige differenzierende Meinungen, die sich entweder nicht genau festlegen oder zu mehreren Ergebnissen gelangen.

(1) So lehnt DREHER die Auffassung ARNDT's ab, daß anderenfalls die Anwendung der Regeln über den untauglichen Versuch in Betracht gekommen wären, da die Verbindlichkeit kein Tatbestandsmerkmal des Befehls sei (39). Vielmehr gehe es bei § 22 Abs.1 Satz 2 WStG um die Frage, wie derjenige rechtlich behandelt werden soll, der verkennt, daß objektiv Umstände vorliegen, die die Rechtswidrigkeit seines Handelns ausschließen, und infolgedessen glaubt, rechtswidrig zu handeln. Die Beurteilung dieses Irrtums durch Rechtsprechung und Schrifttum sei unsicher gewesen, deshalb soll durch diese Vorschrift praktisch klargestellt werden, daß es hier auf das subjektive Rechtfertigungselement nicht ankommt, es also fehlen kann. Diese Meinung wird auch von SCHWAIGER (40) geteilt. Hier wird also offengelassen, wie zu entscheiden gewesen wäre,wenn es § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nicht geben würde. Wenn jedoch untauglicher Versuch ausscheidet, dann bliebe nur Wahndelikt oder vollendetes Delikt (allenfalls Bestrafung analog der Versuchsregeln) übrig.

(2) Seine Bemerkungen zu § 22 Abs.1 Satz 2 WStG beginnt v.RICHTHOFEN mit dem Satz: "Was nicht Unrecht ist, wird es nicht dadurch, daß der Täter es dafür hält"(41). Er fährt dann fort, daß durch diese Bestimmung der Irrtum, der Befehl sei verbindlich, völlig unbeachtlich geworden sei. Für eine Fallgruppe ergäbe sich das bereits aus allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen, nämlich wenn der Soldat über das Bestehen oder den Inhalt von Rechtsvorschriften irre, dann läge ein sog. Wahndelikt vor. Bei einem Irrtum über den Sachverhalt könnte der Täter dagegen zwar - wenn es Satz 2 nicht gäbe - wegen Versuchs am untaugli-

---

39) Vgl. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr.5 und in JZ 1957,393(396).

40) SCHWAIGER, Dissertation, S.154ff. (vgl.insbes.Anm.219).

41) Vgl. v.RICHTHOFEN § 22 Anm.4.

chen Objekt bestraft werden, aber das WStG will großzügig sein und damit gleichzeitig dem § 11 Abs.1 Satz 3 SG folgen. Im wesentlichen dürfte dies auch der Meinung von RITTAU entsprechen (42). Angemerkt sei nur noch, daß beide Autoren hier offensichtlich den Bericht des Abgeordneten HAASLER's für ihre Auffassung zu Rate gezogen haben, denn dort liest man fast das gleiche (43).

4) Diese Meinungsvielfalt soll im folgenden einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Dabei wird es am zweckmäßigsten sein, zunächst von dem auszugehen, was eindeutig feststeht, um sich dann zu überlegen, was gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung wie den § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nicht geschaffen hätte. Das Paradoxe wird es vielleicht sein, daß man darauf eine befriedigende Antwort eventuell nur dann findet, wenn man wiederum berücksichtigt, d a ß es diese Vorschrift gibt.

Zwei Besonderheiten gilt es bei den militärischen Insubordinationsdelikten im Auge zu behalten. Das eigentliche Unrechtsmerkmal, das das spezifische Unrecht der Ungehorsamsdelikte überhaupt begründet, ist die Verbindlichkeit des Befehls. Deshalb kann das Nichtbefolgen eines unverbindlichen Befehls niemals materielles Unrecht darstellen. Andererseits hat der Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit stets dann, wenn er die Verbindlichkeit des Befehls kennt, und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um ein spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal oder um ein Tatbestandsmerkmal handeln würde (44).

Wenn der Tatbestand das eigentliche Tatunrecht beschreiben soll, dann hätte die Verbindlichkeit in jedem Fall dazu gehört (45). Die Gründe, weshalb dies nicht so ist, wurden bereits erwähnt (46). Für den Irrtum über die Verdindlichkeit des Befehls sollten stets die Regeln über

---

42) RITTAU, WStG, § 22 Anm.2.

43) Vgl. Bericht HAASLER S.7.

44) Ausführlicher dazu ROXIN, Tatbestände, S.81ff.

45) Übereinstimmend SCHWAIGER, Dissertation, S.220ff.

46) Vgl. auch DREHER-LACKNER-SCHWALM § 2 Rdnr.6.

den Verbotsirrtum gelten. SCHWAIGER hat dies als gesetzgeberischen "Trick" bezeichnet (47). Wenn aber die Verbindlichkeit des Befehls kein Tatbestandsmerkmal der militärischen Insubordinationsdelikte darstellt, dann scheidet rein begrifflich zunächst versuchter Ungehorsam aus, wenn der Täter die Verbindlichkeit irrtümlich bejaht.

Gemäß § 43 Abs.1 StGB liegt Versuch vor, wenn es nicht zur Vollendung des Delikts gekommen ist, d.h. irgendein Tatbestandsmerkmal ist nicht verwirklicht worden. Untauglicher Versuch wäre gegeben, wenn ein Tatbestandsmerkmal überhaupt nicht verwirklicht werden konnte, der Täter das Vorliegen dieses Merkmal also irrig angenommen hat. Für die militärischen Insubordinationsdelikte bedeutet dies, daß versuchter Ungehorsam grundsätzlich nur dann bejaht werden kann, wenn der Soldat die Merkmale eines Befehls iSd § 2 Nr.2 WStG für gegeben annimmt, obwohl dies nicht der Fall ist (48); so z.B. wenn er eine Bitte für einen Befehl hält (49) oder irrtümlich glaubt, er befinde sich im Dienst und der "befehlende" Vorgesetzte nur während des Dienstes Befehlsgewalt hat (50).

Nach der sog. Vorsatztheorie wird die Rechtswidrigkeit wie ein eigentliches Tatbestandsmerkmal behandelt. Der Vorsatz soll sich auch hierauf erstrecken. Deshalb ist es folgerichtig, wenn z.B. SCHRÖDER (51) zu § 109b Abs.5 Satz 2 StGB meint, daß dadurch die Bestrafung wegen versuchter Verleitung ausgeschlossen worden wäre. Auch die sog. eingeschränkte Schuldtheorie müßte - wenn sie konsequent bleiben will (52) - bei Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes, der auf einen Sachverhaltsirrtum be-

---

47) Siehe SCHWAIGER, Dissertation, S.151.

48) Was jedoch nicht heißt, daß der Soldat deshalb auch bestraft werden müßte, da nach der hier vertretenen Auffassung auch diese Fälle analog § 22 Abs.1 Satz 2 WStG zu behandeln sind.

49) DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.10.

50) Weitere Beispiele bei SCHWAIGER, Dissertation, S.125f.

51) Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER § 109b Rdnr.19; vgl. dazu auch MAURACH NJW 1962,716(771).

52) Ausführlicher dazu MAURACH NJW 1962,716(772).

ruht, versuchten Ungehorsam annehmen (53). Schließlich wird noch die Auffassung vertreten, daß bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes zwar begrifflich vollendetes Delikt angenommen werden müßte, aber hier eine analoge Anwendung der Versuchsregeln zulässig sein soll (54).

Für die militärischen Ungehorsamsdelikte soll jedoch nach h.M. die strenge Schuldtheorie gelten. Im Bereich der Rechtswidrigkeit ist dann ein Tatbestandsirrtum grundsätzlich ausgeschlossen. Der untaugliche Versuch ist aber nichts anderes als ein umgekehrter Tatbestandsirrtum. Inkonsequent wäre es, in dem einen Fall so und in dem anderen Fall anders zu entscheiden. Dann ist aber die Annahme von versuchten Ungehorsam nicht möglich, wenn der Soldat einen unverbindlichen Befehl für verbindlich hält, ihn aber gleichwohl nicht ausführt. Die Behauptung, der Täter hätte bei Fehlen des § 22 Abs.1 Satz 2 WStG wegen Versuchs bestraft werden müssen, dürfte damit widerlegt sein. Somit bleiben zunächst noch zwei Alternativen übrig, entweder die Annahme eines Wahndelikts oder Bestrafung wegen vollendeten Delikts, wenn es § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nicht gäbe.

WELZEL geht von der Annahme aus, daß ein Wahnverbrechen stets dann vorliegen soll, wenn sich der Täter in einem umgekehrten Verbotsirrtum befindet (55). Bei § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nimmt der Täter irrigerweise an, rechtswidrig zu handeln, deshalb erscheint es folgerichtig, wenn WELZEL hier Wahndelikt bejaht (56). Für ihn besteht in diesem Fall ein einfaches Umkehrverhältnis. Was bei fehlender Kenntnis Verbotsirrtum ist, soll bei irriger Annahme Wahnverbrechen sein.

---

53) So in der Tat ROXIN, Tatbestände, S.158ff.

54) Sehr klar STRATENWERTH, Strafrecht AT, Rdnr.514(S.145). Diese Auffassung kann hier unberücksichtigt bleiben. Im Ergebnis wird der Täter zwar nur wegen Versuchs bestraft, aber nur auf Grund einer Analogie. Begrifflich wird vollendetes Delikt bejaht.

55) WELZEL, Lehrbuch, § 24 V 1 (S.194).

56) Lehrbuch § 24 V 1 (S.194) und § 72 I 3 (S.496).

Diese Auffassung wird von WELZEL jedoch nicht folgerichtig durchgehalten (57). Wenn dem Täter das subjektive Rechtfertigungselement fehlt, obwohl objektiv die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, dann soll auch nach WELZEL der Täter wegen vollendeten Delikts bestraft werden (58). Das scheint aber genau der Ansicht von MAURACH zu entprechen, der die Unverbindlichkeit als einen eindeutigen Rechtfertigungsgrund versteht, so daß der Täter, der die Unverbindlichkeit nicht kennt, wegen vollendeten Ungehorsams zu bestrafen gewesen wäre, wenn eine Bestimmung wie § 22 Abs.1 Satz 2 WStG fehlen würde.

Somit scheint es zunächst so zu sein, als ob die Auffassung von Maurach die einzig zutreffend wäre. Eine endgültige Entscheidung ist jedoch noch nicht möglich. Die Annahme eines Wahndelikts ist unter Umständen doch haltbar, und zwar dann, wenn die Unverbindlichkeit nicht als ein spezieller Rechtfertigungsgrund aufgefaßt wird, sondern als generelle Einschränkung des Gebots "erteilte Befehle sind auszuführen" verstanden wird (59). Was darunter zu verstehen ist, wird sogleich dargelegt werden. Vorher soll kurz darauf eingegangen werden, was mit einem Wahnverbrechen gemeint ist.

Obwohl neuerdings in diesem Zusammenhang einige Streitfragen aufgetaucht sind (60), besteht doch im Grundsätzlichen Einigkeit über den Begriff des Wahndelikts. Der Täter irrt hier über die Strafbarkeit seines Verhaltens. Sein Tun ist strafrechtlich irrelevant, weil das, was der Täter für strafbar hält, objektiv nie widerrechtlich sein kann. ROXIN (61) hat dies sehr klar wie folgt ausgedrückt: "Ein Wahnverbrechen liegt immer dann vor, wenn der Täter ein Gut verletzen will, das strafrechtlich entweder überhaupt nicht oder nicht in dem bei der Tat angenommenenen Umfang geschützt wird".

---

57) Siehe dazu die Kritik bei ROXIN, Tatbestände, S.160f.; vgl. auch MAURACH NJW 1962,716(771).

58) Vgl. WELZEL, Lehrbuch, § 14 I 3 (S.84).

59) Vgl. dazu auch MAURACH NJW 1962,716(768 in Anm.39).

60) Siehe FOTH JR 1965,366ff.

61) ROXIN, Tatbestände, S.159.

Im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte läge ein eindeutiges Wahndelikt z.B. dann vor, wenn der Soldat glaubt, auch Bitten von Vorgesetzten müsse er "gehorchen". Um ein Wahndelikt würde es sich auch handeln, wenn der Soldat sich vorstellt, daß alle Offiziere in und außer Dienst Befehlsbefugnis haben (62). Wie ist es nun in den Fällen, in denen der erteilte Befehl unverbindlich ist, eine Gehorsamspflicht somit nicht besteht, der Untergebene aber gleichwohl dieser vermeintlichen Gehorsamspflicht zuwiderhandeln will?

Entscheidend hierfür ist, wo man den Bezugspunkt für diesen Irrtum sucht (63). Verkennt der Untergebene die generelle Verbotsnorm oder irrt er über ihr Geltenwollen im konkreten Fall. MAURACH spricht hier von einem generellen und einem konkreten Normirrtum (64). Um einen generellen Normirrtum würde es sich handeln, wenn man sagen müßte, daß es strafbaren Ungehorsam von vornherein gegenüber unverbindlichen Befehlen überhaupt nicht geben kann. Ist der Befehl unverbindlich, dann ist militärischer Ungehorsam unmöglich, gleichgültig ob der Soldat die Unverbindlichkeit kennt oder nicht. In dieser Situation kann man keinen strafbaren Ungehorsam begehen und auch nicht begehen wollen. Dieses Tun wäre von vornherein strafrechtlich irrelevant (65). Dagegen müßte ein konkreter Normirrtum angenommen werden, wenn die Unverbindlichkeit des Befehls

---

62) Vgl. dazu DREHER-LACKNER-SCHWALM § 19 Rdnr.10(a.E.) und SCHWAIGER, Dissertation, S.126.

63) Ebenso MAURACH NJW 1962,716(768 in Anm.39).

64) NJW 1962,716(771f.). Bei einem generellen Irrtum über das Verbot liegt stets Wahnverbrechen vor, bei einem konkreten Irrtum (d.h. der Täter kennt einen die generelle Verhaltensnorm konkret verdrängenden objektiv vorliegenden Rechtfertigungsgrund nicht) nur, wenn es sich um einen Bewertungsirrtum handelt, nicht dagegen bei einem Sachverhaltsirrtum, dann ist vollendetes Delikt anzunehmen.

65) Erkennt man z.B. wie FOTH JR 1965,366(369) der Einwilligung des Verletzten ohne Rücksicht auf die etwaige Kenntnis des Täters unrechtsausschließende Kraft zu, so ist eben überhaupt keine Körperverletzung gegeben, nicht einmal eine gerechtfertigte Körperverletzung. Rechtlich gesehen ist das keine Körperverletzung, sondern etwas anderes, nur fällt es schwer, dies anders auszudrücken.

im Bereich der militärischen Insubordinationsdelikte lediglich ein spezieller Rechtfertigungsgrund wäre.

In diesem Fall würde es sich um eine Gegennorm handeln. Der Untergebene wäre bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ausnahmsweise einmal zum Ungehorsam berechtigt. Es mag sein, daß es ziemlich schwierig ist, diese Unterscheidung nachzuvollziehen. Dennoch dürfte ein Unterschied in der jeweiligen Betrachtungsweise nicht zu leugnen sein. Klarer erkennbar dürfte er eventuell werden, wenn man folgende Sätze miteinander vergleicht. Wäre es wirklich dasselbe, wenn man sagen würde, ein unverbindlicher Befehl kann keine Gehorsamspflicht begründen (erzeugen oder auslösen) oder ein unverbindlicher Befehl schließt die Gehorsamspflicht aus. Oft werden beide Sätze synonym gebraucht.

Aber offenbar liegt doch ein kleiner Unterschied in der jeweiligen Aussage. Eine Gehorsamspflicht, die überhaupt nicht begründet wurde, kann nicht ausgeschlossen werden. Wenn die Gehorsamspflicht überhaupt nur durch verbindliche Befehle begründet werden kann, dann ist strafbarer militärischer Ungehorsam gegenüber u n v e r b i n d l i c h e n Befehlen bereits rein begrifflich von vornherein ausgeschlossen. Nur wenn man dies unter diesem Blickwinkel sieht, ist der Satz von v.RICHTHOFEN (66), daß das, was nicht Unrecht ist, es nicht dadurch wird, daß es der Täter dafür hält, richtig. Nur dann wäre die Fehlvorstellung des Soldaten völlig unbeachtlich. Das würde bedeuten, daß unter der Voraussetzung, daß der erteilte Befehl unverbindlich ist, die Verbotsnormen der §§ 19ff. WStG gar nicht gelten sollen (67). Dieser Sachverhalt wird von

66) v.RICHTHOFEN § 22 Anm.4.

67) Genau das dürfte KRIEGER(S.122) meinen,wenn er schreibt: "Der Soldat verkennt nämlich die Reichweite des abstrakten Gesetzesbefehls,er erfaßt zwar richtig und vollständig die tatsächlichen Umstände,stellt aber an sich selbst höhere Anforderungen als die Rechtsordnung. Eine aber nur eingebildete Gehorsamspflicht vermag jedoch keine Gehorsamspflicht zu begründen". Vgl.auch OEHLER JuS 1963,301 (303):"..tritt nach § 22 I 2 WStG die Gehorsamspflicht bei Verbrechen und Vergehen zurück,auch wenn der Untergebene den strafbaren Charakter der Handlung nicht erkennt".

vornherein ausgespart. Es besteht nur eine eingebildete Gehorsamspflicht, die gar nicht verletzt werden kann(68).

Dagegen würde es sich um einen Rechtfertigungsgrund handeln, wenn diese Verbotsnormen grundsätzlich in allen Fällen gelten sollen, nur ausnahmsweise einmal nicht. Daß hier letztlich doch ein Unterschied besteht, zeigt folgende Überlegung. Nach h.M. soll die volle Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens stets davon abhängig sein, daß der Täter die unrechtsausschließende Sachlage erkennt. Das würde hier voraussetzen, daß grundsätzlich jedes Nichtbefolgen eines Befehls zunächst als rechtswidriger Ungehorsam angesehen werden muß, denn Unrecht, das nicht prinzipiell überhaupt erst einmal welches ist, kann nicht ausgeschlossen werden. Soll aber bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes die objektive Situation allein nicht rechtfertigend sein, dann folgt daraus, daß das Verhalten des Täters zunächst grundsätzlich als rechtswidrig angesehen werden muß. Demgegenüber kann man auch sagen, daß das Nichtbefolgen eines unverbindlichen Befehls von vornherein kein Unrecht darstellt und somit die Frage der Rechtfertigung erst gar nicht auftauchen kann.

Welche Betrachtungsweise für die militärischen Insubordinationsdelikte zutreffender oder zumindest angemessener ist, wird sich schwerlich entscheiden lassen. Für beide Auffassungen sprechen einige gesetzliche Hinweise. Für die Ansicht, daß das Nichtbefolgen von unverbindlichen Befehlen von den Verbotsnormen der §§ 19ff. WStG von vornherein überhaupt nicht erfaßt werden, könnte § 11 Abs. 1 Satz 3 SG angeführt werden. Danach soll U n g e h o r s a m nicht vorliegen, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist (69). Gerade auch die Existenz

68) Es ließe sich hier ähnlich argumentieren wie beim Versuch des untauglichen Subjekts, vgl. BAUMANN, Lehrbuch, § 33 IV 3 c (S.511), FOTH JR 1965, 366(371), WELZEL, Lehrbuch, § 24 IV 2 (S.194). Der Soldat, der nur "faktisch" dies ist, kann nach h.M. auch keinen strafbaren Ungehorsam begehen, anders nur KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz, § 1 Anm. 4; vgl. dazu auch OLG Oldenburg NZWehrR 1963, 132f. und SCHWENCK ZStW 83(1971), 468(487f.).

69) Wenn MAURACH (Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b bb (S.616) sagt,

von § 22 Abs.1 Satz 2 WStG könnte hierfür ein Hinweis sein (70). Diese Bestimmung müßte dann so verstanden werden, daß der Gesetzgeber damit nachdrücklich darauf hinweisen wollte, daß der Täter tatsächlich nicht rechtswidrig handelt. Sie würde keine selbständige Rechtsfolge festsetzen, sondern nur verstärken, was anderenfalls sowieso gegolten hätte.

Man kann natürlich auch anderer Meinung sein und die Unverbindlichkeit des Befehls als speziellen Rechtfertigungsgrund ansehen. Dann müßte § 22 Abs.1 Satz 1 WStG als Gegennorm verstanden werden, die ausnahmsweise bei Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen ein Recht zur Verweigerung des geforderten Gehorsams gibt. Es bestände ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Dieser Auffassung dürfte eher zuzustimmen sein. Gemäß § 11 Abs.1 Satz 1 SG hat der Soldat seinen Vorgesetzten zu gehorchen. Es sei denn, so läßt sich fortfahren, daß der Befehl unverbindlich ist. Hierin dürfte der Gegennormcharakter doch ziemlich deutlich zum Ausdruck kommen. Der Wendung "Ungehorsam liegt nicht vor" dürfte indes keine so große Bedeutung zukommen, sie dürfte mehr auf rein sprachliche Gründe zurückzuführen sein. Die irrige Annahme der Verbindlichkeit eines objektiv unverbindlichen Befehls wäre also Irrtum (= fehlende Kenntnis) über einen Rechtfertigungsgrund, und damit konkreter Normirrtum (71). Die Annahme eines Wahnverbrechens wäre nur bei einem generellen Normirrtum möglich gewesen. Der uneingeschränkten Behauptung, daß § 22 Abs.1 Satz 2 WStG die ausdrückliche gesetzliche Anerkennung eines Wahndelikts darstellt, kann daher nicht gefolgt werden.

---

daß "es nur folgerichtig gewesen(wäre), wenn man den Täter hier wegen vollendeter Tat gestraft hätte", so setzt er sich damit in Widerspruch zu § 11 Abs.1 Satz 3 SG.Wenn demnach kein Ungehorsam vorliegen soll, so kann auch im Strafrecht bei einem objektiv unverbindlichen Befehl nicht wegen vollendeter Tat gestraft werden. Der Strafgesetzgeber konnte diese Bestimmung nicht unberücksichtigt lassen (vgl. auch v.RICHTHOFEN § 22 Anm.4 und HIRSCHMANN S.26).

70) Darauf stützt sich auch HIRSCHMANN S.26.

71) Ebenso MAURACH NJW 1962,716(768 in Anm.39).

Nachdem untauglicher Versuch und Wahndelikt ausscheiden, ist somit zunächst nur noch die Aufassung von MAURACH übriggeblieben. Sie gilt es als letzte zu überprüfen. Ist es wirklich so, daß, wenn es § 22 Abs.1 Satz 2 WStG nicht gäbe, der Täter stets wegen vollendeten Ungehorsams zu bestrafen gewesen wäre, wenn er irrtümlicherweise den erteilten Befehl für verbindlich gehalten hat? Auch diese Auffassung scheint in ihrer Absolutheit nicht zutreffend zu sein. Man denke z.B. nur einmal an den Fall, daß ein Befehl objektiv die Menschenwürde verletzt. Die Verletzung der Menschenwürde wird in § 22 Abs.1 Satz 1 WStG ausdrücklich als Unverbindlichkeitsgrund genannt. Der menschenwürdeverletzende Befehl ist unverbindlich. Für die in § 22 Abs.1 Satz 2 WStG vorausgesetzte Situation bedeutet dies folgendes: Der Soldat glaubt, im Grunde müsse er auch diesen Befehl ausführen, denn nur dann hält er ihn für verbindlich. Ob er überhaupt erkennt, daß seine Menschenwürde tangiert wird, spielt keine Rolle (72). Hier stellt sich der Untergebene seine Gehorsamspflicht als weitreichender vor, als sie tatsächlich ist. Dieser Befehl braucht nicht ausgeführt zu werden, der Täter befindet sich in einem eindeutigen Bewertungsirrtum. Er überdehnt den Gesetzesbefehl. Das ist aber Wahnverbrechen (73).

Gerade bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde wird es regelmäßig ein solcher Bewertungsirrtum sein, wenn der Soldat dennoch glaubt, verpflichtet zu sein, auch diesen Befehl zu befolgen. Bei Befehlen zu nichtdienstlichen Zwecken kann dies anders sein, so z.B. wenn der Untergebene den verschlossenen Briefumschlag für einen dienstlichen Brief hält, währendessen es sich in Wahrheit um einen Privatbrief handelt. Hier liegt kein Wahndelikt vor,

---

72) SCHREIBER Wehrkunde 1959,416. Das folgt daraus, daß auf die Achtung der Menschenwürde nicht wirksam verzichtet werden kann, so SCHNORR JuS 1963,293(299).

73) In NJW 1962,716(771f.) erkennt MAURACH ebenfalls an, daß bei Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes Wahnverbrechen in Betracht kommt, wenn es sich um einen Bewertungsirrtum handelt. Nur bei einem Sachverhaltsirrtum soll wegen vollendeten Delikts bestraft werden.

denn hätte es sich um einen dienstlichen Brief gehandelt, wäre die Gehorsamspflicht eindeutig zu bejahen gewesen. Nur hier hätte das subjektive Rechtfertigungselement gefehlt, so daß wegen vollendeten Ungehorsams hätte bestraft werden können. In anderen Fällen hätte dagegen ein Wahndelikt angenommen werden müssen. Deshalb kann die uneingeschränkte Aussage von MAURACH nicht richtig sein. Nicht in allen Fällen, in denen der Soldat irrtümlich einen objektiv unverbindlichen Befehl für verbindlich hält, wäre eine Bestrafung möglich gewesen. Nur für die Fälle, wo dies möglich gewesen wäre, erklärt nunmehr § 22 Abs.1 Satz 2 WStG das fehlende subjektive Rechtfertigungselement für unbeachtlich.

Diese Unbeachtlichkeitserklärung ist von MAURACH als "Husarenritt des Gesetzgebers" bezeichnet worden, weil jeder Rechtfertigungsgrund ein subjektives Rechtfertigungselement voraussetze (74). Es scheint so, als ob auch MAURACH sich nunmehr mit dieser Regelung abgefunden hat (75). Er weist jetzt darauf hin, daß in einigen Fällen (so bei § 109b Abs.5 und § 113 Abs.3 StGB) das Vorliegen eines objektiven Rechtfertigungsgrundes genüge; warnt aber vor einer Verallgemeinerung dieser Gesetzesbestimmungen (76). Wenn man die Dinge so sieht, bestehen keine Einwände. Wohl zu Recht hat WAIDER in diesem Zusammenhang festgestellt, daß der Gesetzgeber auch dann eine bestimmte Entscheidung treffen kann, selbst wenn sie dem herrschenden Strafrechtssystem nicht entspricht. Wenn der Gesetzgeber in § 22 Abs.1 Satz 2 WStG das subjektive Rechtfertigungselement für unbeachtlich erklärt hat, dann hat er damit - vom praktischen Ergebnis her gesehen - ein Wahnverbrechen konstruiert, denn nun gelten stets die Grundsätze des Wahndelikts (78), obwohl dies nicht in allen Fällen

---

74) Vgl. MAURACH, Lehrbuch BT, § 64a III A 4 b bb (S.616).

75) Vgl. MAURACH, Lehrbuch AT, § 25 V C 1 (S.306).

76) Darauf wird von verschiedenen Autoren hingewiesen, vgl. z.B. DREHER-LACKNER-SCHWALM § 22 Rdnr., KOHLRAUSCH-LANGE § 109b Anm. IX, DREHER JZ 1957,393(396).

77) WAIDER S.162.

78) Darin übereinstimmend HIRSCHMANN S.186f.; ähnlich PETTERS-

von vornherein hätte bejaht werden können (79).

Diese Lösung des Gesetzgebers scheint auch sachgerecht zu sein. Er hat die Unverbindlichkeit des Befehls lediglich als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet, um die Anwendung des § 59 StGB im Bereich der Ungehorsamsdelikte nach Möglichkeit auszuschalten. Im Falle eines Verbotsirrtums ist es gleichgültig aus welchen Gründen der Soldat irrt. Der reine Bewertungsirrtum und der Sachverhaltsirrtum schließen selbst bei Unvermeidbarkeit eine Bestrafung nicht aus. Dann kann der Gesetzgeber tatsächlich "großzügig" sein(80), wenn ein objektiv unverbindlicher Befehl irrtümlicherweise für verbindlich angesehen wird. Daß dieser Irrtum dem Soldaten nicht schaden soll, kann auch dem § 11 Abs.1 Satz 3 SG entnommen werden. Die durch die militärischen Ungehorsamsdelikte geschützten Rechtsgüter sind dann auch nicht gefährdet, deshalb kann auf eine Bestrafung verzichtet werden. Weil der Befehl nicht hätte erteilt werden dürfen und deshalb unverbindlich ist, soll er nicht zum Anlaß genommen werden, den Untergebenen zu bestrafen, nur weil er ihn für verbindlich gehalten hat. Ein Verzicht auf strafrechtliche Maßnahmen erscheint hier durchaus angemessen (81).

PREISENDANZ § 109b Anm.5b. Streiten ließe sich nun allenfalls noch darüber, ob durch das Eingreifen des Gesetzgebers nun tatsächlich ein Wahndelikt geschaffen wurde, weil der Irrtum über die vermeintliche Rechtswidrigkeit für unbeachtlich erklärt worden ist. Bisher ging es nur darum, zu klären, was gewesen wäre, wenn es diese Vorschrift überhaupt nicht gegeben hätte.

79) Unter diesen Umständen stellt sich auch die hier vertretene Auffassung als richtig heraus, daß sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Bereich der militärischen Ungehorsamsdelikte generell nicht mehr überzeugend rechtfertigen läßt (vgl.oben S.206ff.). Anders wäre dies nur dann gewesen, wenn § 22 Abs.1 Satz 2 WStG als die gesetzliche Anerkennung eines Wahndelikts anzusehen gewesen wäre. Dann könnte diese Bestimmung nur auf vergleichbare Fälle angewendet werden.

80) v.RICHTHOFEN § 22 Anm.4.

81) Vgl. auch SCHROEDER in LK § 109b Rdnr.20.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ADOMEIT, Klaus — Unlautere Werbung durch Beauftragte und das Verschuldenserfordernis in § 890 ZPO in: NJW 1967,1994ff.

ARNDT, Herbert — Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrstrafgesetzes 1956 in: GA 1957,46ff.

ARNDT, Herbert — Das neue Wehrstrafgesetz in: DRiZ 1957,134ff.

ARNDT, Herbert — Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls in: NZWehrR 1960,145ff.

ARNDT, Herbert — Grundriß des Wehrstrafrechts 2.Auflage,München u. Berlin,1966 (zit.: ARNDT, Grundriß)

ARNOLD, Ekkehard — Zum Begriff der Gehorsamsverweigerung nach § 20 Abs.1 Nr.1 des Wehrstrafgesetzes in: NZWehrR 1959,58ff.

BACKMANN, Leonhard — Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum in: JuS 1972,649ff.

BADURA, Peter — Generalprävention und Würde des Menschen in: JZ 1964,337ff.

BARTH, Eberhard — Die Rechtsprechung des Wehrdienstsenats in disziplinargerichtlichen Verfahren in: NZWehrR 1963,1ff.

BARTH, Eberhard — Das materielle Beschwerderecht in der Rechtsprechung der Wehrdienstsenate in: NZWehrR 1965,97ff.

BARTH, Eberhard — Der Soldat im Rechtsstaat Hamburg-Berlin, 1967 (zit.: BARTH, Rechtsstaat)

BARTH, Eberhard — Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr- Disziplinar- und Strafrecht in: Festschrift für R.M.HONIG Göttingen,1970, S.1ff. (zit.: BARTH, Festschrift HONIG)

v.BAUDISSIN, Wolf — Anmerkung zu H.TESKE: Über den unbedingten Gehorsam in: Wehrkunde 1964,223f.

BAUMANN, Gerhard — Gehorsam und Gewissensentscheid in: Wehrkunde 1964,341ff.

BAUMANN, Jürgen — Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte
in: ZStW 70(1958),237ff.

BAUMANN, Jürgen — Schuld und Verantwortung
in: JZ 1962,41ff.

BAUMANN, Jürgen — Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens
in: Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform (S.135ff.)
Bielefeld, 1965
(zit.: BAUMANN,Streitschriften I)

BAUMANN, Jürgen — Was erwarten wir von der Strafrechtsreform ?
in: BAUMANN(Hrsg.): Programm für ein neues Strafgesetzbuch
Frankfurt, 1968, S.14ff.
(zit.: BAUMANN,Strafrechtsreform)

BAUMANN, Jürgen — Strafrecht (Allgemeiner Teil)
5.Auflage, Bielefeld, 1968
(zit.: BAUMANN, Lehrbuch)

BAUMANN, Jürgen — Schuld und Sühne als Grundproblem heutiger Strafrechtspflege
in: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform (S.110ff.)
Bielefeld, 1969
(zit.:BAUMANN,Streitschriften II)

BEHRENS, Jürgen — Spezialisten und Disziplin in einer modernen Luftwaffe
in: Wehrkunde 1968,418ff.

BOGS, Harald — Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen
Stuttgart u.a., 1966

BONNER KOMMENTAR — Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Loseblattausgabe,Hamburg,1950ff.
(Stand: Oktober 1971)

BREITINGER, Berd — Die staatsrechtliche Stellung der Angehörigen der Bundeswehr unter besonderer Berücksichtigung ihres Statusrechts
Diss. Würzburg 1968

BRINGEWAT, Peter — Der rechtswidrige Befehl
in: NZWehrR 1971,126ff.

BRUNESS, Martin — Kontrollierte Verantwortung
in: Wehrkunde 1968,350ff.

BRUNKOW, Wolfgang — Rechtliche Probleme des Einsatzes der Bundeswehr auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland nach Art.87a GG
Diss. Bonn 1971

BUSCH, Eckart	Zur Frage der Befehle im außerdienstlichen Bereich in: NZWehrR 1969,56ff.
BUSCH, Eckart	Besprechung von SCHERER,Soldatengesetz und Vorgesetztenverordnung, 4.Auflage, München, 1971 in: NZWehrR 1972,158ff.
DOWIE, Wolfgang	Grundrechte, Pflichtenkreis und Privatsphäre im militärischen Statusverhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Wehrdienstsenate Diss. Freiburg i.B. 1971
DREHER, Eduard	Das Wehrstrafgesetz in: JZ 1957,393ff.
DREHER, Eduard	Gedanken zur Strafzumessung in: JZ 1968,209ff.
DREHER, Eduard	Das 3.Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme in: NJW 1970,1153ff.
DREHER, Eduard	Strafgesetzbuch (Kommentar) 32.Auflage, München, 1970 (zit.: DREHER, StGB)
DREHER-LACKNER-SCHWALM	Wehrstrafgesetz (Kommentar) München und Berlin, 1958
EBERT, Udo	Strafrecht: Die verjüngte Schauspielerin in: JuS 1970,400ff.
EILSBERGER, Ruprecht	Rechtstechnische Aspekte der verfassungskonformen Strafrechtsanwendung in: JuS 1970,321ff.
ENGISCH, Karl	Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen in: ZStW 70(1958),566ff.
ERHARDT, Manfred	Hat der Staatssekretär im Bundesministerium der Verteidigung Befehlsgewalt über die Streitkräfte? in: NZWehrR 1970,41ff.
FAUST, Fritz	Das Notwehrrecht des Soldaten in: Wehrkunde 1963,375ff.
FIEDLER, Siegfried	Zur Frage der Verbindlichkeit eines Befehls sich die Beatle-Haare oder den Bart zu entfernen in: NZWehrR 1968,24ff.
FLIEDNER, Ortlieb	Die "Straf"zwecke der Disziplinarmaßnahmen in: ZBR 1969,140ff.
FOTH, Heinrich	Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens in: JR 1965,366ff.

FROWEIN, Jochen	Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem in: DÖV 1971,793ff.
FURTNER, Georg	Die gesetzlichen Mindeststrafen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in: NJW 1968,2228f.
GALLWAS, Hans-Ulrich	Strafnormen als Grundrechtsproblem in: MDR 1969,892ff.
GENTZ, Manfred	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen in: NJW 1968,1600ff.
GILSDORF, Peter	Die verfassungsrechtlichen Schranken der Einziehung in: JZ 1958,641ff. und 685ff.
GRIMM, William	Über soldatische Menschenführung heute in: Wehrkunde 1968,124ff.
HAAG, Karl	Rationale Strafzumessung Köln u.a., 1970
HAFFTER, Ernst	Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts(Allgemeiner Teil) 2.Auflage, Bern, 1946
HAHNENFELD, Günter	Soldatengesetz mit Nebengesetzen Hamburg-Berlin, 1963 (zit.: HAHNENFELD, SG)
HAHNENFELD, Günter	Wehrverfassungsrecht Hamburg-Berlin, 1965 (zit.: HAHNENFELD, Wehrverfassungsrecht)
HAMANN, Andreas	Grundgesetz und Strafgesetzgebung Neuwied und Berlin, 1963 (zit.:HAMANN,Strafgesetzgebung)
HAMANN-LENZ	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949 (Kommentar) 3.Auflage,Neuwied u. Berlin,1970
HAMELBECK, Bernhard	Soldatengesetz u.a. (Loseblattausgabe, Stand: 1.10.1956) München, 1956
HARDWIG, Werner	Tat- und Täterstrafrecht im Licht der Strafrechtsreform in: MSchrKrim 42(1959),1ff.
HASS, Gerherhard	Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Begriffs in: Rechtstheorie 3(1972),23ff.
HEINITZ, Ernst	Anmerkung zu BGH (GS) 10,259ff. in: JZ 1958,175

HEINITZ, Ernst	Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses Berlin, 1960
HENKEL, Heinrich	Die "richtige" Strafe Tübingen, 1969
HENNINGS, Jürgen	Dogmatische Fragen zu § 19 Abs.2 WStG in: NZWehrR 1971,81ff.
v.HIPPEL, Reinhard	Grundlagenprobleme beim militärischen Ungehorsam (§ 19 WStG) in: NZWehrR 1969,217ff.
HIRSCH, Hans-Joachim	Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts in: GA 1972,65ff.
HIRSCHMANN, Werner	Der Ungehorsam im Wehrrecht Diss. Erlangen-Nürnberg 1970
HRUSCHKA, Joachim	Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit (BGHSt 21,381) in: JuS 1968,554ff.
JESCHECK, Hans-Heinrich	Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr in: Bundeswehr und Recht, S.63ff. Köln u.a., 1965 (zit.: JESCHECK, Bw und Recht)
JESCHECK, Hans-Heinrich	Der strafrechtliche Schutz der Bundeswehr gegen Zersetzung in: NZWehrR 1969,122ff.
JESCHECK, Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil) Berlin, 1969 (zit.: JESCHECK, Lehrbuch)
KAUFMANN, Armin	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie Göttingen, 1954
KAUFMANN, Arthur	Das Schuldprinzip Heidelberg, 1961 (zit.: KAUFMANN, Schuldprinzip)
KAUFMANN, Arthur	Schuld und Strafe Köln u.a., 1966 (zit.: KAUFMANN, Schuld und Strafe)
KOHLHAAS, Max	Das Vierte Strafrechtsänderungsgesetz in: NJW 1957,929ff.
KOHLHAAS, Max	Kommentar zum Wehrstrafrecht (Loseblattausgabe,Stand:Feb.1971) Wiesbaden-Dotzheim, 1967ff. (zit.: KOHLHAAS, Wehrstrafrecht)

KOHLHAAS, Max — Wehrstrafgesetz (Kurzkommentar) in: ERBS-KOHLHAAS: Strafrechtliche Nebengesetze (Band III unter Kennziffer W 50); Loseblattausgabe, Stand: Okt.1970 München, 1959ff. (zit.: KOHLHAAS, Wehrstrafgesetz)

KOHLHAAS-SCHWENCK — Rechtsprechung in Wehrstrafsachen (Loseblattausgabe, Stand: Okt.1970) Köln u.a., 1967ff.

KOHLRAUSCH-LANGE — Strafgesetzbuch (Kommentar) 43.Auflage, Berlin, 1961

KOPP, Walter — Anmerkung zu H.TESKE: Über den unbedingten Gehorsam in: Wehrkunde 1964,107f.

KRAUSS, Detlef — Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren in: MÜLLER-DIETZ(Hrsg.): Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S.153ff. Köln u.a., 1971

KRIEGER, Manfred — Das Verhältnis des allgemeinen Strafrechts zum Wehrdisziplinar- und Wehrstrafrecht Diss. München 1968

KRIELE, Martin — Theorie der Rechtsgewinnung Berlin, 1967

KRÖNIG, Georg — Das Dienstvergehen in seiner verfahrensrechtlichen Bedeutung in: NZWehrR 1959,6ff.

LACKNER, Karl — Das 4.Strafrechtsänderungsgesetz in: JZ 1957,401ff.

LACKNER-MAASSEN — Strafgesetzbuch 6.Auflage, München, 1970

LAMMICH, Christoph — Befehl ohne Gehorsam in: NZWehrR 1970,47ff.

LAMMICH, Christoph — Der Präventivbefehl in: NZWehrR 1970,98ff.

LANGER, Winrich — Das Sonderverbrechen Berlin, 1972

LANG-HINRICHSEN, Dietrich — Betrachtungen zur Strafrechtsreform in: Grundfragen der Strafrechtsreform, hrsg. v. PETERS und LANG-HINRICHSEN, Paderborn, o.J. (zit.: LANG-HINRICHSEN, Grundfragen)

LANG-HINRICHSEN, Dietrich — Die Schuld- und Irrtumslehre in: Materialien zur Strafrechtsreform, 2.Band I, S.381ff. Bonn, 1954 (zit.:LANG-HINRICHSEN, Materialien)

LANG-HINRICHSEN, Dietrich — Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung
in: GA 1957,1ff.

LANG-HINRICHSEN, Dietrich — Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht
in: ZStW 73(1961),210ff.

LARENZ, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft
2.Auflage, Berlin u.a., 1969
(zit.: LARENZ, Methodenlehre)

LEIBHOLZ-RINCK — Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rspr. des BVerfG)
3.Auflage,Köln-Marienburg,1968

LEIPZIGER KOMMENTAR — Strafgesetzbuch (Kommentar hrsg. von BALDUS und WILLMS)
9.Auflage, Berlin, 1970ff.
(zit.: Bearbeiter in LK)

LEPA, Manfred — Grundrechtskonflikte
in: DVBl 1972,161ff.

LERCHE, Peter — Grundrechte der Soldaten
in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte (Vierter Band, 1.Halbband, S.447ff.)
Berlin, 1960
(zit.: LERCHE, Grundrechte)

MAIHOFER, Werner — Rechtsstaat und menschliche Würde
Frankfurt, 1968

v.MANGOLDT-KLEIN — Das Bonner Grundgesetz
2.Auflage, Berlin, 1964

MANN, Siegfried — Grundrechte und militärisches Statusverhältnis
in: DÖV 1960,409ff.

MAUNZ, Theodor — Deutsches Staatsrecht
18.Auflage, München, 1971

MAUNZ-DÜRIG-HERZOG — Grundgesetz (Kommentar, Loseblattausgabe, Stand: September 1970)
München, 1958ff.

MAURACH, Reinhart — Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens
in: NJW 1962,716ff. und 767ff.

MAURACH, Reinhart — Deutsches Strafrecht (Allgemeiner Teil)
4.Auflage, Karlsruhe, 1971
(zit.: MAURACH, Lehrbuch AT)

Deutsches Strafrecht (Besonderer Teil)
5.Auflage, Karlsruhe, 1969
(zit.: MAURACH, Lehrbuch BT)

MAYER, Karl	Der Rechtsschutz der Grundrechte im Wehrdienst in: DÖV 1954,66ff.
v.MERKATZ, Hans-Joachim	Begründung des Wehrstrafgesetzes vor dem Deutschen Bundestag in: Stenographische Berichte der 190.Sitzung des Deutschen Bundestages vom 6.2.1957 - 2.Wahlperiode 1953-1957 - S.10850ff. (zit.: v.MERKATZ, Mdl.Begr.WStG)
METZNER, Lambertus	Befehl und Gehorsam als Grundlagen der soldatischen Ordnung in: Wehrkunde 1959,487ff.
MEYER, Wolfgang	Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 Abs.3 StGB in: NJW 1972,1845ff.
MEZGER-BLEI	Strafrecht (Band I. Allgemeiner Teil) 14.Auflage, München, 1970 (zit.: MEZGER-BLEI, StuBu AT)
v.MITZLAFF, Hans-Jürgen	Dienstvorschriften in rechtlicher Sicht in: Wehrkunde 1956,623ff.
v.MITZLAFF, Hans-Jürgen	Zur Regelung des Befehls und Gehorsams im Soldatengesetz in: Wehrw.Rdsch. 1957,84ff.
v.MITZLAFF, Hans-Jürgen	Rezension zu DREHER-LACKNER-SCHWALM,Wehrstrafgesetz-Kommentar, München und Berlin, 1958 in: Wehrkunde 1959,123
v.MITZLAFF, Hans-Jürgen	Bemerkungen zur zentralen Dienstvorschrift "Militärische Gliederungsformen, Unterstellungsverhältnisse, Befehle und Richtlinien" in: Wehrkunde 1959,606ff.
MODEL-MÜLLER	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Taschenkommentar) 6.Auflage, Köln u.a., 1971
MÜLLER, Rudolf	Überlegungen zu aktuellen Fragen des Militärstrafrechts in: Wehrkunde 1960,570ff.
MÜLLER-DIETZ, Heinz	Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht Karlsruhe, 1967
NASS, Gustav	Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens Neuwied und Berlin, 1969
NEUDECK, Heinz	Zur Kriminologie des Wehrdienstes in: GA 1957,346ff.

NIPPERDEY, Hans-Carl	Die Würde des Menschen in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte (Zweiter Band, S.1ff.) Berlin, 1954 (zit.: NIPPERDEY, Grundrechte)
NOLL, Peter	Die ethische Begründung der Strafe Tübingen, 1962
OEHLER, Dietrich	Handeln auf Befehl in: JuS 1963,301ff.
PETTERS-PREISENDANZ	Strafgesetzbuch (Lehrkommentar) 27.Auflage, Berlin, 1971
RAISER, Thomas	Verfassungswidrige Mindeststrafen? in: JZ 1963,663ff.
REHM, Walter	Menschenwürde und militärischer Befehl in: Wehrkunde 1956,326ff.
REIGL, Otto	Sinn der Strafe und Strafrechtsreform in: ZStW 73(1961),634ff.
REISS, Inge	Die Stellung der Streitkräfte und der Einzelpersönlichkeit in der Bundesrepublik und in der DDR Diss. Würzburg 1969
RENDULIC, Lothar	Über Disziplin in: Wehrkunde 1961,355ff.
v.RICHTHOFEN, Gotthard	Erläuterungen zum Wehrstrafgesetzbuch mit Einführungsgesetz in: BRANDSTETTER, Handbuch des Wehrrechts (Band 3, Kennnummer 850) Köln-Berlin, 1956ff.
RITTAU, Martin	Soldatengesetz (Kommentar) München und Berlin, 1957 (zit.: RITTAU, SG)
RITTAU, Martin	Wehrstrafgesetz vom 30.März 1957 mit Einführungsgesetz (nebst einem Nachtrag 1961) Berlin, 1958 (zit.: RITTAU, WStG)
RITTAU, Martin	Soldat und Grundgesetz in: Wehrw.Rdsch. 1961,125ff.
ROXIN, Claus	Sinn und Grenzen staatlicher Strafe in: JuS 1966,377ff.
ROXIN, Claus	Kriminalpolitik und Strafrechtssystem Berlin, 1970 (zit.: ROXIN, Kriminalpolitik)
ROXIN, Claus	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale 2.Auflage, Berlin, 1970 (zit.: ROXIN, Tatbestände)

RUPP, Hans-Heinrich	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre Tübingen, 1965 (zit.: RUPP, Grundfragen)
SALM, Karl	Das vollendete Verbrechen (1.Teil, 1.Halbband) Berlin, 1963
SAUER, Wilhelm	Probleme der richterlichen Strafzumessung in: GA 1957,129ff.
SAX, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte (Dritter Band, 2.Halbband, S.909ff.) Berlin, 1959 (zit.: SAX, Grundrechte)
SCHÄFER, Karl	Wehrstrafgesetz (Kommentar) in: DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, Strafrecht und Strafverfahrensrecht 37.Auflage, Berlin, 1961 (zit.: SCHÄFER in DALCKE)
SCHAFFSTEIN, Friedrich	Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum in: Festschrift für OLG Celle Göttingen, 1961, S.175ff.
SCHERER, Werner	Zur Frage der Verbindlichkeit eines Befehls, sich bei der Polizei einem Alkoholtest zu unterziehen in: NZWehrR 1959,130ff.
SCHERER, Werner	Zur Frage der Befehle für den dienstfreien Bereich in: NZWehrR 1961,97ff.
SCHERER, Werner	Soldatengesetz und Vorgesetztenverordnung (Kommentar) 3.Auflage, Berlin-Frankfurt, 1968 (zit.: SCHERER, SG)
SCHIERHOLT, Heinz	Das Nichtbefolgen von Befehlen im deutschen und schweizerischen Militärstrafrecht unter Berücksichtigung fremder Militärstrafrechte Diss. Freiburg(Schweiz) 1963
SCHIRMER, Berthold	Befehl und Gehorsam Köln u.a., 1965
SCHLOSSER, Peter	Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Irrtumsregelung im § 22 des Wehrstrafgesetzes in: JZ 1958,526ff.
SCHLOSSER, Peter	Der Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" als Verfassungsnorm Diss. Würzburg 1961 (Zit.: SCHLOSSER, Dissertation)
SCHMIDHÄUSER, Eberhard	Strafrecht (Allgemeiner Teil) Tübingen, 1970 (zit.: SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch)

SCHMIDT, Eberhard — Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform in: ZStW 69(1957),359ff.

SCHMIDT, Eberhard — Literatur zum Wehrstrafrecht in: JZ 1960,188f.

SCHMIDT, Eberhard — Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch in: NZWehrR 1968,161ff.

SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN — Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 2.Auflage,Neuwied u. Berlin,1970

SCHORR, Gerhard — Handeln auf Befehl in: JuS 1963,293ff.

SCHÖNKE-SCHRÖDER — Strafgesetzbuch (Kommentar) 16.Auflage, München, 1972

SCHORN, Hubert — Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren Neuwied und Berlin, 1963

SCHREIBER, Jürgen — Dienstvorschriften und Befehle in: Wehrkunde 1956,152ff.

SCHREIBER, Jürgen — Soldaten und Beamte in: Wehrkunde 1956,194

SCHREIBER, Jürgen — Dienstliche Anweisungen in: Wehrkunde 1956,253ff.

SCHREIBER, Jürgen — Anmerkung zu W.REHM: Menschenwürde und militärischer Gehorsam in: Wehrkunde 1956,416

SCHREIBER, Jürgen — Fliegerischer Ungehorsam in NZWehrR 1959,24ff.

SCHREIBER, Jürgen — Das faktische Wehrdienstverhältnis in: Wehrkunde 1960,38ff.

SCHREIBER, Jürgen — Wehrstrafgesetz (Erläuterungsbuch für Soldaten) Frankfurt, 1961 (zit.: SCHREIBER, WStG)

SCHREIBER, Jürgen — Die Wahrheits- und Aussagepflicht des Soldaten in: NZWehrR 1962,6ff.

SCHREIBER, Jürgen — Faktisches Wehrdienstverhältnis bei Verzögerung der Mitteilung über die Neufestsetzung der Dienstzeit? in: NZWehrR 1963,150ff.

SCHREIBER, Jürgen — Anmerkung zu H.TESKE: Über den unbedingten Gehorsam in: Wehrkunde 1964,392

SCHREIBER, Jürgen — Das Problem überschneidender Vorgesetztenverhältnisse in: NZWehrR 1964,156ff.

SCHREIBER, Jürgen — Unverbindliche Befehle - Versuch einer Systematik
in: NZWehrR 1965,1ff.

SCHREIBER, Jürgen — Befehlsbefugnis und Vorgesetztenverhältnis
Frankfurt, 1965
(zit.: SCHREIBER, Befehlsbefugnis)

SCHREIBER, Jürgen — Der teilweise unverbindliche Befehl
in: NZWehrR 1971,134ff.

SCHROEDER, Hans-Ulrich — Der Gehorsam des deutschen Soldaten
in: Wehrkunde 1956,22ff.

SCHÜTZ, Ernst-Egon — Befehle im außerdienstlichen Bereich
in: NZWehrR 1961,100ff.

SCHULTZ, Fritz-Rudolf — Jahresbericht 1970 des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Die Bundeswehr in Staat und Gesellschaft (II), hrsg.vom Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages)
Bonn, 1971

SCHWAIGER, Konrad — Zur zweiten Änderung der Vorgesetztenverordnung
in: NZWehrR 1961,11ff.

SCHWAIGER, Konrad — Handeln auf Befehl und militärischer Ungehorsam nach dem Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957
Diss. Heidelberg 1962
(zit.: SCHWAIGER, Dissertation)

SCHWALM, Georg — Die Streichung des Grundtatbestands homosexueller Handlungen und ihre Auswirkung auf das Disziplinarrecht
in: NZWehrR 1970,81ff.

SCHWALM, Georg — Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25.6. und 4.7.1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des BVerfG
in: JZ 1970,487ff.

SCHWEIKERT, Heinrich — Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling
Karlsruhe, 1957
(zit.: SCHWEIKERT, Wandlungen)

SCHWEIKERT, Heinrich — Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten
in: ZStW 70(1958),394ff.

SCHWENCK, Hans-Günter — Urteilsanmerkung zu LG Braunschweig
in: RWStR Nr.6 zu § 22 WStG

SCHWENCK, Hans-Günter — Literaturbericht zum Wehrstrafrecht
in: ZStW 83(1971),468ff.

SEIBERT, Claus	Verfassungswidrige Mindeststrafen in: JZ 1963,749
STRATENWERTH, Günter	Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" Tübingen, 1957 (zit.: STRATENWERTH, Natur der Sache)
STRATENWERTH, Günter	Verantwortung und Gehorsam Tübingen, 1958 (zit.: STRATENWERTH, Gehorsam)
STRATENWERTH, Günter	Leitprinzipien der Strafrechtsreform Köln und Opladen, 1970 (zit.: STRATENWERTH, Strafrechtsreform)
STRATENWERTH, Günter	Strafrecht, Allgemeiner Teil I Köln u.a., 1971 (zit.: STRATENWERTH,Strafrecht AT)
STRATENWERTH, Günter	Tatschuld und Strafzumessung Tübingen, 1972 (zit.: STRATENWERTH, Tatschuld)
STREE, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz Tübingen, 1960 (zit.: STREE, Deliktsfolgen)
STREE, Walter	In dubio pro reo Tübingen, 1962 (zit.: STREE, In dubio)
TESKE, Hermann	Über den unbedingten Gehorsam in: Wehrkunde 1963,657ff.
ULLMANN, Wolfgang	Grundrechtsbeschränkungen des Soldaten durch die Wehrverfassung Diss. München 1968
v.UNRUH, Georg-Christoph	Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat in: VVDStRL 26(1968),157ff.
VOLZ, Manfred	Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte Diss. Göttingen 1968
WAGNER, Heinz	Die selbständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht,insbesondere beim Absehen von Strafe gem. § 16 StGB in: GA 1972,33ff.
WAIDER, Heribert	Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für die Methodologie und Systematik des Strafrechts Berlin, 1970
WARDA, Günter	Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums in: ZStW 71(1959),252ff.

WARDA, Günter	Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht Köln u.a., 1962 (zit.: WARDA, Ermessen)
v.WEBER, Hellmuth	Grundriß des deutschen Strafrechts Bonn, 1946 (zit.: v.WEBER, Grundriß)
v.WEBER, Hellmuth	Anmerkung zu BGH (GS) 10,259ff. in: MDR 1957,693f.
WEGENER, Dietrich	Befehle Vorgesetzter, eine Übertretung im Sinne des § 1 Abs.3 StGB zu begehen in: NZWehrR 1959,132ff.
WEGNER, Arthur	Strafrecht Allgemeiner Teil Göttingen, 1951
WELZEL, Hans	Arten des Verbotsirrtums in JZ 1952,266ff.
WELZEL, Hans	Naturrecht und Rechtspositivismus in: Festschrift für H.NIEDERMEYER Göttingen, 1953 (zit.: WELZEL, Naturrecht)
WELZEL, Hans	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit 3.Auflage, Göttingen, 1960 (zit.: WELZEL, Gerechtigkeit)
WELZEL, Hans	Das deutsche Strafrecht 11.Auflage, Berlin, 1969 (zit.: WELZEL, Lehrbuch)
WESSELS, Johannes	Strafrecht Allgemeiner Teil Karlsruhe, 1970
WIMMER, August	Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt in: NJW 1958,521ff.
WINTRICH, Josef	Zur Problematik der Grundrechte Köln und Opladen, 1957
WITTIG, Peter	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes in: DÖV 1968,817ff.
WITTIG, Peter	Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht in: JZ 1969,546ff.
WOLFF, Hans-Julius	Verwaltungsrecht I 8.Auflage, München, 1971
ZIPPELIUS, Reinhold	Einführung in die juristische Methodenlehre München, 1971

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
Amtl.Begr.SG	Amtliche Begründung zum Entwurf eines Soldatengesetzes (BT-Drucksache II/1700)
Amtl.Begr.WStG	Amtliche Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes (BT-Drucksache II/3040)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
Bericht HAASLER	Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Wehrstrafgesetz durch den Abgeordneten HAASLER (BT-Drucksache II/zu 3295)
Bericht MERTEN	Bericht des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages zum Soldatengesetz durch den Abgeordneten MERTEN (BT-Drucksache II/2140)
BDH	Bundesdisziplinarhof
BGH	Bundesgerichtshof; mit Zahlen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; mit Zahlen Entscheidungendes Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
Bw	Bundeswehr
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)

DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
Einf.	Einführung
ff.	folgende
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
insbes.	insbesondere
iSd	im Sinne des
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kriminalistik	Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; begründet von EBERMAYER-LOBE-ROSENBERG
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Nachschlagewerk des Bungerichtshofs von LINDENMAIER-MÖHRING
Mdl.Begr.WStG	Begründung zum Wehrstrafgesetz im Deutschen Bundestag durch v.MERKATZ
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (zitiert nach Jahr und Seite)
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Ndschr.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (zitiert nach Band und Seite)

n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
Rechtstheorie	Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RKG	Reichskriegsgericht; mit Zahlen Entscheidungen des Reichskriegsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
RMG	Reichsmilitärgericht; mit Zahlen Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts (zitiert nach Band und Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
RWStR	Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, herausgegeben von KOHLHAAS-SCHWENCK (vgl. Literaturverzeichnis)
S.	Seite
SG	Soldatengesetz
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StGB AT 73	Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 4.Juli 1969 (Bundesgesetzblatt I S.717)
StPO	Strafprozeßordnung
TDG	Truppendienstgericht
u.a.	und andere
u.U.	unter Umständen
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zitiert nach Band und Seite)
vgl.	vergleiche

Vorbem.	Vorbemerkung
VorgVO	Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heft und Seite)
WBO	Wehrbeschwerdeordnung
WDO	Wehrdisziplinarordnung
WDS	Wehrdienstsenat
Wehrkunde	Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Wehrw.Rdsch.	Wehrwissenschaftliche Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
WStG	Wehrstrafgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZWehrR	Zeitschrift für Wehrrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

L e b e n s l a u f

Als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Friedrich Eiselt und seiner Ehefrau Marianne wurde ich am 20. Juni 1943 in Dresden geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. In Thüringen besuchte ich in den Jahren 1949 bis 1957 die achtklassige Grundschule. Am 10. September 1957 übersiedelte ich zusammen mit meiner Mutter im Wege der Familienzusammenführung zu meinem Vater nach dem heutigen Bad Iburg/Krs. Osnabrück. Dort bestand ich am 6. März 1963 an der Niedersächsischen Heimschule Iburg die Reifeprüfung. Anschließend war ich bei der Bundeswehr.

Im Wintersemester 1966/67 begann ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Universität Göttingen. Am 22. April 1971 bestand ich das erste juristische Staatsexamen beim Justizprüfungsamt Celle. Während der Anfertigung der Dissertation leitete ich drei Semester lang eine Arbeitsgemeinschaft für Anfänger im Strafrecht. Seit dem 1. April 1973 habe ich eine Stelle als persönlicher Assistent bei Professor Dr. Arzt. Meinen juristischen Vorbereitungsdienst habe ich am 1. November 1972 im OLG-Bezirk Celle begonnen.

Seit dem 7. September 1971 bin ich mit Brigitte Eiselt, geb. Zimmermann verheiratet.